

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES
SUR LES DROITS DE L'HOMME
ET LE DROIT HUMANITAIRE

- CREDHO -



**LA FRANCE
ET LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

**La jurisprudence de l'an 2000
(présentation, commentaires et débats)**

Sous la direction de Paul TAVERNIER

CAHIERS DU CREDHO N° 7 - 2001

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ETUDES
SUR LES DROITS DE L'HOMME
ET LE DROIT HUMANITAIRE

- CREDHO -



**LA FRANCE
ET LA COUR EUROPEENNE
DES DROITS DE L'HOMME**

**La jurisprudence de 2000
(présentation, commentaires et débats)**

Sous la direction de Paul TAVERNIER

CAHIERS DU CREDHO N° 7 - 2001

- 2001 -

Université de Paris-Sud - Faculté Jean Monnet
54, boulevard Desgranges - 92331 Sceaux Cedex
Site : www.credho.org
credho@credho.org
☎ 01 40 91 17 19 - Fax 01 46 60 92 62

**avec le soutien de l'IEDP
et de l'IEJ
de la Faculté Jean Monnet à Sceaux**

ISSN 1250-63-03 - ISBN 2-11-092939-1

Sommaire

Avant-Propos

Liste des arrêts

Présentation statistique des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg contre la France durant l'année 2000

par Paul **TAVERNIER**, professeur à l'Université de Paris XI,
directeur du CREDHO-Paris Sud

Ouverture

M. le Président de l'Université de Paris XI (Paris-Sud)

M. le Doyen de la Faculté Jean Monnet à Sceaux

L'actuelle Cour européenne des droits de l'Homme : un phénix renaissant de ses cendres ?

par Michele **DE SALVIA**, Greffier de la Cour

Débats

La Cour de cassation et le procès équitable

- Le contrôle des moyens nouveaux : l'affaire Dulaurans (21 mars 2000)
par Vincent **DELAPORTE**, Avocat aux Conseils
- Le retrait du rôle et l'accès effectif à la Haute Juridiction : l'affaire Annoni di Gussola et Desbordes et Omer (14 novembre 2000)
par Michèle **DUBROCARD**, Sous-directrice des droits de l'Homme à la Direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères

Débats

Le champ d'application de l'article 6 CEDH

- En matière commerciale : le cas du juge commissaire devant le tribunal de commerce : l'affaire Morel (6 juin 2000)
par Marie-Laure **NIBOYET**, Professeur à l'Université de Paris X
- En matière financière : le cas de la Cour de discipline budgétaire et financière : l'affaire Guisset (26 septembre 2000)
par David **ROCHON**, Doctorant à l'Université de Paris XI

Débats

- En matière d'éloignement des étrangers : le cas de l'interdiction du territoire : l'affaire Maaouia (5 octobre 2000)
par Gilbert **BITTI**, Bureau des droits de l'Homme, SAEI, ministère de la Justice

Liberté de religion et abattage rituel de la viande

- L'affaire Cha'are Shalom Ve Tsedek (27 juin 2000)
par Patrice **ROLLAND**, Professeur à l'Université de Paris XII

Débats

La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit privé

- Le statut de l'enfant adultérin : l'affaire Mazurek (1^{er} février 2000)
par Dominique **FENOUILLET-LASZLO**, Professeur à l'Université de Paris XI

Débats

- Les relations entre le père et l'enfant : l'affaire Gnahore (19 septembre 2000)
par Anne-Marie **LEROYER**, Professeur à l'Université de Paris XI

Débats

La Convention et le droit pénal

- Garde à vue et mauvais traitements : l'affaire Caloc (20 juillet 2000)
par Dominique **ALLIX**, Professeur à l'Université de Paris XI

Débats

- L'équité de la procédure en appel et en cassation : l'affaire Van Pelt (28 mai 2000)
par Olivier **BACHELET**, Allocataire de recherche à l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- La présomption d'innocence et la liberté de la presse : l'affaire Du Roy et Malaurie (3 octobre 2000)
par Me Thierry **MASSIS**, Avocat à la Cour de Paris

La Convention et le droit administratif

- L'application de l'article 6 aux fonctionnaires et agents publics : la jurisprudence Pellegrin (suite), les affaires Frydlender (27 juin 2000), S.M. (18 juillet 2000), Lambourdière et Satonnet (2 août 2000)

par Victor **HAIM**, Commissaire du gouvernement à la Cour administrative d'appel de Paris, Professeur associé à l'Université de Paris XI
• Remembrement rural et atteinte au droit de propriété : l'affaire Piron (14 novembre 2000)
par Me Michel **PUECHAVY**, Avocat à la Cour de Paris

Clôture des travaux
par Paul **TAVERNIER**

Publications du CREDHO

Avant Propos

Ce nouveau *Cahier du CREDHO* présente les commentaires et les débats qui ont eu lieu lors du septième colloque organisé par le CREDHO, le 19 janvier 2001, sur "La France et la Cour européenne des droits de l'Homme". Les quatre premiers s'étaient déroulés à Rouen et les suivants se sont tenus à la Faculté Jean Monnet à Sceaux. Celui de l'an 2000 était placé sous la présidence de M. Michele DE SALVIA, Greffier de la Cour de Strasbourg. Tout le monde connaît la carrière de ce juriste éminent, consacrée aux droits de l'Homme, à la Commission d'abord, puis à la Cour. Mais ce technicien expérimenté du droit est aussi un enseignant et un professeur de grand talent ainsi qu'un chercheur, qui a lancé l'idée d'un "*jus commune*" européen dans une contribution remarquée parue dans les *Mélanges Wiarda* en 1998. Ce sont toutes ces qualités que l'on retrouve dans la contribution par laquelle Michele DE SALVIA a ouvert le colloque et dans ses nombreuses interventions au cours des discussions qu'il a menées de main de maître.

Comme à l'accoutumée, l'assistance était nombreuse et les autorités de l'Université ont marqué leur intérêt pour cette manifestation par la présence du vice-Président CHARBONNEAU, et du Doyen Jean-Pierre FAUGERE, doyen de la Faculté Jean Monnet à Sceaux. Celui-ci a fait ressortir les particularités du colloque du CREDHO, notamment ses caractères récurrent et interdisciplinaire, ainsi que l'équilibre des générations qu'il vise à réaliser.

Assurer la réussite d'une telle réunion, devenu désormais annuelle, n'est pas chose aisée. C'est au contraire une lourde responsabilité, car il faut faire au moins aussi bien, sinon mieux, chaque année, et la tâche devient de plus en plus difficile. Quant à l'interdisciplinarité, elle est au cœur de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de Strasbourg qui pénètrent de plus en plus tard les domaines du droit. Cette année l'accent a été mis sur le droit privé avec les affaires *Mazurek* et *Gnahoré*. Les spécialistes du droit privé, et notamment du droit civil, semblent en effet avoir pris conscience un peu tardivement, du moins en France, de l'importance de la Convention européenne pour le développement de leur matière, comme en témoignent la thèse récente d'Anne DEBET et une étude de Jean-Pierre MARGUENAUD parue il y a peu. Un autre trait essentiel du colloque du CREDHO est l'équilibre des générations qui permet aux étudiants de côtoyer des spécialistes et des praticiens confirmés et qui donne l'occasion à de jeunes juristes de faire la preuve de leur talent dans l'exposé des arrêts rendus par la Cour européenne, comme ce fut le cas, cette année, d'Olivier BACHELET et de David ROCHON.

Tous ces éléments contribuent au succès de cette rencontre annuelle qui a fait la démonstration de son utilité, et dont on peut retrouver toute la substance dans les *Cahiers du CREDHO*, à la fois sur papier et sur la toile (credho.org/). La réussite de cette entreprise est due à la qualité des intervenants, mais elle dépend aussi beaucoup de l'aide matérielle et du soutien moral apportés par le Conseil scientifique de la Faculté, par l'IEDP et par l'IEJ, ainsi que de l'assistance souriante et efficace du secrétariat en la personne de Florence CHRETIEN. Qu'ils en soient tous remerciés.

Paul TAVERNIER
Juin 2001

**Liste récapitulative des arrêts rendus depuis 1986
par la Cour européenne des droits de l'Homme
dans les affaires mettant en cause la France**

- 1 • N° 111, 18 décembre **1986**, BOZANO
- 2 • N° 124-F, 2 décembre **1987**, BOZANO (art. 50)
- 3 • N° 141-A, 7 octobre **1988**, SALABIAKU
- 4 • N° 141-B, 11 octobre 1988, WOUKAM MOUDEFO
- 5 • N° 162, 24 octobre **1989**, H.
- 6 • N° 176-A, 24 avril **1990**, KRUSLIN
- 7 • N° 176-B, 24 avril 1990, HUVIG
- 8 • N° 176-C, 26 avril 1990, CLERC
- 9 • N° 191, 19 décembre 1990, DELTA
- 10 • N° 191-B, 23 janvier **1991**, DJEROUD
- 11 • N° 198, 20 février 1991, VERNILLO
- 12 • N° 200, 19 MARS 1991, CARDOT
- 13 • N° 207, 26 juin 1991, LETELLIER
- 14 • N° 218, 27 novembre 1991, KEMMACHE
- 15 • N° 232-A, 27 février **1992**, Soc. STENUIT
- 16 • N° 232-B, 27 février 1992, BIROU
- 17 • N° 232-C, 25 mars 1992, B. c/France
- 18 • N° 234-A, 26 mars 1992, BELDJOU DI
- 19 • N° 234-B, 26 mars 1992, Editions PERISCOPE
- 20 • N° 236, 31 mars 1992, X. c/France
- 21 • N° 240, 26 juin 1992, DROZD et JANOUSEK
- 22 • N° 241-A, 27 août 1992, TOMASI
- 23 • N° 241-B, 27 août 1992, VIJAYANATHAN et PUSPARAJAH
- 24 • N° 243, 25 septembre 1992, PHAM-HOANG
- 25 • N° 253-A, 16 décembre 1992, SAINTE-MARIE
- 26 • N° 253-B, 16 décembre 1992, DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE
- 27 • N° 256-A, 25 février **1993**, FUNKE
- 28 • N° 256-B, 25 février 1993, CREMIEUX
- 29 • N° 256-C, 25 février 1993, MIAILHE
- 30 • N° 256-D, 25 février 1993, DOBBERTIN
- 31 • N° 261-A, 22 juin 1993, MELIN
- 32 • N° 261-B, 20 septembre 1993, PARDO
- 33 • N° 261-C, 20 septembre 1993, SAIDI
- 34 • N° 270-B, 2 novembre 1993, KEMMACHE (art. 50)
- 36 • N° 273-A, 27 octobre 1993, MONNET
- 36 • N° 273-B, 23 novembre 1993, NAVARRA
- 37 • N° 277-B, 23 novembre 1993, A. c/France
- 38 • N° 284, 24 février **1994**, BENDENOUN
- 40 • N° 289, 26 avril 1994, VALLEE
- 41 • N° 289-B, 26 août 1994, KARAKAYA
- 42 • N° 299-C, 28 octobre 1994, DEMA I
- 43 • N° 296-A, 22 septembre 1994, HENTRICH
- 44 • N° 296-B, 24 novembre 1994, BEAUMARTIN
- 45 • N° 296-C, 24 novembre 1994, KEMMACHE (n° 3)
- 46 • N° 308, 10 février **1995**, ALLENET DE RIBEMONT
- 47 • N° 311, 22 mars 1995, QUINN
- 48 • N° 314, 27 avril 1995, PIERMONT
- 49 • N° 317, 24 mai 1995, MARLHENS
- 50 • N° 317-B, 8 juin 1995, JAMIL
- 51 • N° 320-B, 13 juillet 1995, NASRI
- 52 • N° 320-C, 13 juillet 1995, MORGANTI
- 53 • N° 322, 3 juillet 1995, HENTRICH (art. 50)
- 54 • N° 325-A, 26 septembre 1995, DIENNET
- 55 • N° 325-B, 27 septembre 1995, GRAGNIC
- 56 • N° 325-C, 24 octobre 1995, IRIBARNE PEREZ
- 57 • N° 333-A, 21 novembre 1995, ACQUAVIVA
- 58 • N° 333-B, 4 décembre 1995, BELLET
- 59 • N° 96-1, 31 janvier **1996**, FOUQUET
- 60 • N° 96-17, 23 avril 1996, PHOCAS
- 61 • N° 96-18, 23 avril 1996, REMLI

62 • N° 96-19, 24 avril 1996, BOUGHANEMI
63 • N° 96-25, 25 juin 1996, AMUUR
64 • N° 96-26, 10 juillet 1996, PARDO
(demande en révision de l'arrêt du 20 septembre 1993)
65 • N° 96-27, 7 août 1996, ALLENET DE RIBEMONT
(interprétation de l'arrêt du 10 février 1995)
66 • N° 96-32, 7 août 1996, HAMER
67 • N° 96-40, 26 septembre 1996, MIAILHE (n° 2)
68 • N° 96-45, 23 octobre 1996, LEVAGES PRESTATIONS SERVICES
69 • N° 96-48, 24 octobre 1996, GUILLOT
70 • N° 96-49, 15 novembre 1996, CANTONI
71 • N° 96-65, 17 décembre 1996, VACHER
72 • N° 96-66, 17 décembre 1996, DUCLOS

73 • N° 97-1, 29 janvier **1997**, BOUCHELKIA
74 • N° 97-5, 21 février 1997, GUILLEMIN
75 • N° 97-11, 17 mars 1997, MULLER
76 • N° 97-12, 17 mars 1997, NEIGEL
77 • N° 97-13, 18 mars 1997, MANTOVANELLI
78 • N° 97-14, 18 mars 1997, FOUCHER
79 • N° 97-19, 2 avril 1997, P.L.
80 • N° 97-23, 29 avril 1997, PARDO
81 • N° 97-24, 29 avril 1997, H.L.R.
82 • N° 97-43, 3 juillet 1997, HENTRICH
83 • N° 97-60, 26 septembre 1997, MEHEMI
84 • N° 97-61, 26 septembre 1997, EL BOUJAIDI
85 • N° 97-66, 20 octobre 1997, SERVES
86 • N° 97-68, 21 octobre 1997, PIERRE-BLOCH
87 • N° 97-69, 21 octobre 1997, BOUJLIFA

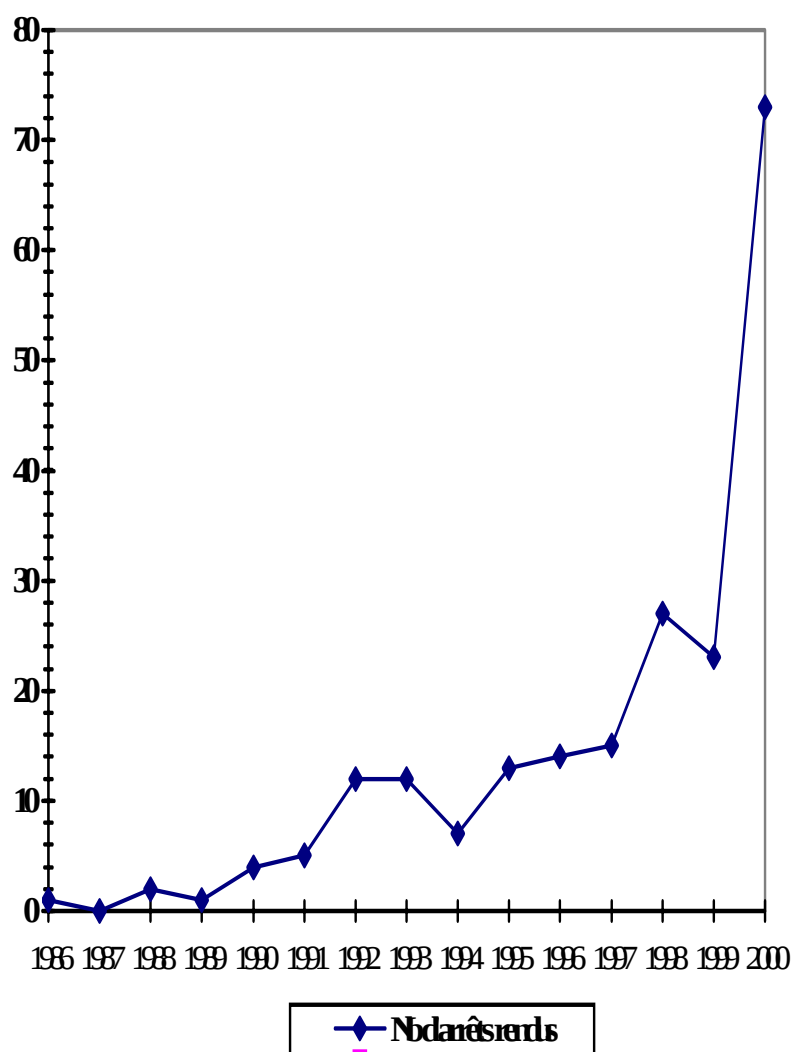
88 • N° 98-2, 19 février **1998**, HIGGINS et autres
89 • N° 98-3, 19 février 1998, DALIA
90 • N° 98-4, 19 février 1998, HUBER
91 • N° 98-22, 31 mars 1998, REINHARDT et SLIMANE-KAÏD
92 • N° 98-29, 22 avril 1998, PAILOT
93 • N° 98-30, 22 avril 1998, RICHARD
94 • N° 98-33, 23 avril 1998, DOUSTALY
95 • N° 98-34, 23 avril 1998, BERNARD
96 • N° 98-37, 29 avril 1998, HENRA
97 • N° 98-38, 29 avril 1998, LETERME
98 • N° 98-39, 20 mai 1998, GAUTRIN et autres
99 • N° 98-46, 9 juin 1998, MAILLARD
100 • N° 98-47, 9 juin 1998, CAZENAVE DE LA ROCHE
101 • N° 98-61, 29 juillet 1998, OMAR
102 • N° 98-62, 29 juillet 1998, GUERIN
103 • N° 98-63, 29 juillet 1998, LE CALVEZ
104 • N° 98-73, 24 août 1998, SOUMARE
105 • N° 98-74, 24 août 1998, LAMBERT
106 • N° 98-75, 24 août 1998, COUEZ
107 • N° 98-76, 24 août 1998, BENKESSIOUER
108 • N° 98-83, 2 septembre 1998, GUILLEMIN
109 • N° 98-84, 7 septembre 1998, B.B.
110 • N° 98-93, 23 septembre 1998, LEHIDEUX ET ISORNI
111 • N° 98-94, 23 septembre 1998, MALIGE
112 • N° 98-95, 23 septembre 1998, I.A.
113 • N° 98-101, 28 octobre 1998, AIT-MOUHOUB
114 • N° 98-104, 30 octobre 1998, F.E.

115 • N° 99-5, 21 janvier **1999**, FRESSOZ ET ROIRE
116 • N° 99-14, 25 mars 1999, PELISSIER ET SASSI
117 • N° 99-20, 1^{er} avril 1999, LEMOINE
118 • N° 99-23, 29 avril 1999, CHASSAGNOU ET AUTRES
119 • N° 99-28, 19 mai 1999, JAFFREDOU
120 • N° 99-32, 4 juin 1999, CAILLOT
121 • N° 99-35, 22 juin 1999, M.K.
122 • N° 99-66, 28 juillet 1999, SELMOUNI
123 • N° 99-73, 28 septembre 1999, CIVET
124 • N° 99-78, 29 septembre 1999, SERRE
125 • N° 99-79, 29 septembre 1999, DJAÏD
126 • N° 99-80, 5 octobre 1999, DONSIMONI
127 • N° 99-104, 26 octobre 1999, MAINI
128 • N° 99-107, 28 octobre 1999, ZIELINSKI ET PRADAL
129 • N° 99-120, 9 novembre 1999, DEBBOUB alias HUSSEINI Ali
130 • N° 99-121, 9 novembre 1999, GROS
131 • N° 99-122, 9 novembre 1999, GOZALVO
132 • N° 99-132, 23 novembre 1999, ARVOIS
133 • N° 99-137, 30 novembre 1999, BAGHLI
134 • N° 99-138, 7 décembre 1999, BOUILLY
135 • N° 99-140, 8 décembre 1999, PELLEGRIN

136 • N° 99-148, 14 décembre 1999, KHALFAOUI
 137 • N° 99-175, 21 décembre 1999, DEMIRTEPE

 138 • N° 00-5, 11 janvier **2000**, SEIDEL
 139 • N° 00-10, 20 janvier 2000, YAHIAOUI
 140 • N° 00-42, 25 janvier 2000, BLAISOT
 141 • N° 00-43, 25 janvier 2000, SLIMANE-KAID
 142 • N° 00-46, 1^{er} février 2000, MAZUREK
 143 • N° 00-47, 1^{er} février 2000, THERY
 144 • N° 00-48, 1^{er} février 2000, BACQUET
 145 • N° 00-75, 8 février 2000, VOISINE
 146 • N° 00-102, 14 mars 2000, CLOEZ
 147 • N° 00-106, 21 mars 2000, BOUDIER
 148 • N° 00-107, 21 mars 2000, GUICHON
 149 • N° 00-108, 21 mars 2000, GERGOUIL
 150 • N° 00-109, 21 mars 2000, CASTELL
 151 • N° 00-110, 21 mars 2000, DULAURANS
 152 • N° 00-119, 28 mars 2000, ALDO et Jean-Baptiste ZANATTA
 153 • N° 00-120, 28 mars 2000, GERBER
 154 • N° 00-121, 28 mars 2000, JACQUIE et LEDUN
 155 • N° 00-160, 25 avril 2000, RIZZOTTO
 156 • N° 00-189, 23 mai 2000, VAN PELT
 157 • N° 00-193, 30 mai 2000, FAVRE-CLEMENT
 158 • N° 00-194, 30 mai 2000, Laurent BERNARD
 159 • N° 00-195, 30 mai 2000, Colette BRUNY
 160 • N° 00-201, 6 juin 2000, CASTILLON
 161 • N° 00-202, 6 juin 2000, MOREL
 162 • N° 00-211, 13 juin 2000, SERRA
 163 • N° 00-301, 27 juin 2000, CHA'ARE SHALOM VE TSEDEK
 164 • N° 00-302, 27 juin 2000, FRYDLENDER
 165 • N° 00-322, 18 juillet 2000, JAEGERT
 166 • N° 00-323, 18 juillet 2000, S.M.
 167 • N° 00-324, 18 juillet 2000, DROULEZ
 168 • N° 00-326, 20 juillet 2000, N'DIAYE
 169 • N° 00-327, 20 juillet 2000, ABBAS
 170 • N° 00-329, 20 juillet 2000, CALOC
 171 • N° 00-353, 1^{er} août 2000, P.B.
 172 • N° 00-355, 1^{er} août 2000, C.P. et autres
 173 • N° 00-358, 2 août 2000, DESCHAMPS
 174 • N° 00-359, 2 août 2000, LAMBOURDIERE
 175 • N° 00-360, 2 août 2000, BERTIN-MOUROT
 176 • N° 00-361, 2 août 2000, CHERAKRAK
 177 • N° 00-362, 2 août 2000, IKANGA
 178 • N° 00-363, 2 août 2000, SATONNET
 179 • N° 00-370, 19 septembre 2000, GNAHORE
 180 • N° 00-376, 26 septembre 2000, DAGORN
 181 • N° 00-377, 26 septembre 2000, Joseph-Gilbert GARCIA
 182 • N° 00-378, 26 septembre 2000, CAMILLA
 183 • N° 00-379, 26 septembre 2000, PERIE
 184 • N° 00-380, 26 septembre 2000, DONATI
 185 • N° 00-381, 26 septembre 2000, GUISSSET
 186 • N° 00-382, 26 septembre 2000, J.B.
 187 • N° 00-397, 3 octobre 2000, KANOUN
 188 • N° 00-398, 3 octobre 2000, DU ROY et MALAURIE
 189 • N° 00-400, 5 octobre 2000, MAAOUIA
 190 • N° 00-413, 10 octobre 2000, LAGRANGE
 191 • N° 00-414, 10 octobre 2000, DACHAR
 192 • N° 00-431, 17 octobre 2000, DE MOUCHERON et autres
 193 • N° 00-455, 24 octobre 2000, CAMPS
 194 • N° 00-456, 24 octobre 2000, CHAPUS
 195 • N° 00-486, 7 novembre 2000, LACOMBE
 196 • N° 00-512, 9 novembre 2000, GRASS
 197 • N° 00-517, 14 novembre 2000, DELGADO
 198 • N° 00-518, 14 novembre 2000, P.V.
 199 • N° 00-519, 14 novembre 2000, PIRON
 200 • N° 00-520, 14 novembre 2000, ANNONI DI GUSSOLA et DEBORDES et OMER
 201 • N° 00-589, 28 novembre 2000, PULVIRENTI
 202 • N° 00-590, 28 novembre 2000, BOURIAU
 203 • N° 00-591, 28 novembre 2000, LECLERCQ
 204 • N° 00-592, 28 novembre 2000, SIEGEL
 205 • N° 00-593, 28 novembre 2000, LUCAS
 206 • N° 00-594, 28 novembre 2000, THURIN
 207 • N° 00-607, 5 décembre 2000, BURGORGUE
 208 • N° 00-609, 5 décembre 2000, MOTIERE
 209 • N° 00-612, 12 décembre 2000, GENESTE
 210 • N° 00-613, 12 décembre 2000, BALLESTRA

**Evolution du nombre des arrêts rendus par la CEDH,
depuis 1986
et concernant la France**



**Liste des arrêts rendus en l'an 2000 devant la Cour de Strasbourg
et mettant en cause la France***

1) SEIDEL

Req. n°31430/96

Arrêt du 11 janvier 2000 (section IV) : durée d'une procédure administrative (article 6) - violation

2) YAHIAOUI

Req. n°30962/96

Arrêt du 20 janvier 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire (article 5 § 3) - exception préliminaire accueillie - non-épuisement

3) SLIMANE-KAÏD

Req. n°29507/95

Arrêt du 25 janvier 2000 (section III) : non-communication, dans une procédure devant la Cour de cassation, du rapport du conseiller rapporteur, fourni à l'avocat général (article 6 § 1) - violation

4) BLAISOT

Req. n°33207/96

Arrêt du 25 janvier 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

5) THERY

Req. n°33989/96

Arrêt du 1^{er} février 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

6) MAZUREK

Req. n°34406/97

Arrêt du 1^{er} février 2000 (section III) : enfant adultérin victime d'une discrimination dans le partage d'une succession (article 1 du Protocole n° 1 + article 14) - violation

7) BAQUET

Req. n°36667/97

Arrêt du 1^{er} février 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - règlement amiable

8) VOISINE

Req. n°27362/95

Arrêt du 8 février 2000 (section III) : défaut de communication au requérant non représenté des conclusions de l'avocat général dans le cadre d'un pourvoi en cassation (article 6 § 1) - violation

9) CLOEZ

Req. n°41861/98

Arrêt du 14 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

10) DULAURANS

Req. n°34553/97

Arrêt du 21 mars 2000 (section III) : rejet d'un pourvoi dû à une erreur manifeste de la Cour de cassation (article 6 § 1) - violation

11) CASTELL

Req. n°38783/97

Arrêt du 21 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - violation

12) GERGOUIL

Req. n°40111/98

Arrêt du 21 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - non-violation

13) GUICHON

Req. n°40491/98

Arrêt du 21 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) : non-violation

14) BOUDIER

Req. n°41857/98

Arrêt du 21 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale avec onstitution de partie civile (article 6 § 1) - violation

15) GERBER

Req. n°33237/96

Arrêt du 28 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - violation

16) ZANATTA

Req. n°38042/97

Arrêt du 28 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure relative à une expropriation (article 6 § 1) - violation

17) JACQUIE et LEDUN

* Cette liste a été établie à partir de celle qui figure dans l'*Aperçu 2000* présenté par le Greffier de la Cour.

Req. n°404393/98

Arrêt du 28 mars 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

18) RIZOTTO

Req. n°31115/96

Arrêt du 25 avril 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire et d'une procédure pénale (articles 5 § 3 et 6 § 1) - radiation

19) VAN PELT

Req. n°31070/96

Arrêt du 23 mai 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - non-violation

Refus d'une cour d'appel d'autoriser un avocat à représenter son client en l'absence de ce dernier (article 6 §§ 1 et 3c) - violation

Rejet d'un pourvoi faute pour le requérant de s'être mis en état avant l'audience devant la Cour de cassation (article 6 § 1) - violation

20) BRUNY

Req. n°41792/98

Arrêt du 30 mai 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - règlement amiable

21) FAVRE-CLÉMENT

Req. n°35055/97

Arrêt du 30 mai 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire (article 5 § 3) - exception préliminaire accueillie - non-épuisement

22) Laurent BERNARD

Req. n°38164/97

Arrêt du 30 mai 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire (article 5 § 3) - exception préliminaire accueillie - non-épuisement

23) MOREL

Req. n°34130/96

Arrêt du 6 juin 2000 (section III) : non-communication alléguée du rapport du juge-commissaire dans une procédure de liquidation (article 6 § 1) - non-violation

Défaut allégué d'impartialité du juge-commissaire (article 6 § 1) - non-violation

24) CASTILLON

Req. n°35348/97

Arrêt du 6 juin 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire (article 5 § 3) - exception préliminaire accueillie - non-épuisement

25) SERRA

Req. n°34206/96

Arrêt du 13 juin 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

26) CHA'ARE SHALOM VE TSEDEK

Req. n°27417/95

Arrêt du 27 juin 2000 (Grande Chambre) : refus d'accorder à une association juive ultra-orthodoxe l'agrément pour procéder à l'abattage rituel d'animaux (article 9) - non-violation

Discrimination (article 14) - non-violation

27) FRYDLENDER

Req. n°30979/96

Arrêt du 27 juin 2000 (Grande Chambre) : durée d'une procédure relative à un litige sur un emploi public contractuel (article 6 § 1) - violation

28) DROULEZ

Req. n°41860/98

Arrêt du 18 juillet 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - règlement amiable

29) S.M.

Req. n°41453/98

Arrêt du 18 juillet 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative relative aux droits à pension d'une fonctionnaire (article 6 § 1) - violation

30) JAEGERT

Req. n°29827/96

Arrêt du 18 juillet 2000 (section III) : défaut de signification de la date d'une audience devant le Conseil d'Etat (article 6 § 1) - radiation

31) CALOC

Req. n°33951/96

Arrêt du 20 juillet 2000 (section III) : allégations de mauvais traitements infligés lors d'une arrestation et d'une garde à vue (article 3) - non-violation

Durée d'une procédure pénale avec constitution de partie civile (article 6 § 1) - violation

32) ABBAS

Req. n°35783/97

Arrêt du 20 juillet 2000 (section III) : refus d'autoriser le retour d'un étranger au terme de l'exécution d'une mesure d'interdiction du territoire (article 8) - règlement amiable

33) N'DIAYE

Req. n°41735

Arrêt du 20 juillet 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - règlement amiable

34) C.P. et autres

Req. n°36009/97

Arrêt du 1^{er} août 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - non-violation

35) **P.B.**

Req. n°38781/97

Arrêt du 1^{er} août 2000 (section III) : durée d'une détention provisoire (article 5 § 3) - violation

Durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

36) **SATONNET**

Req. n°30412/96

Arrêt du 1^{er} août 2000 (section III) : durée d'une procédure relative au licenciement d'un fonctionnaire (article 6 § 1) - violation

37) **IKANGA**

Req. n°32675/96

Arrêt du 2 août 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

38) **CHERAKRAK**

Req. n°34075/96

Arrêt du 2 août 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

39) **BERTIN-MOUROT**

Req. n°34343/97

Arrêt du 2 août 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

40) **LAMBOURDIÈRE**

Req. n°37387/97

Arrêt du 2 août 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

41) **DESCHAMPS**

Req. n°37925/97

Arrêt du 2 août 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

42) **GNAHORÉ**

Req. n°40031/98

Arrêt du 19 septembre 2000 (section III) : refus de l'aide juridictionnelle en raison de l'absence de moyens de cassation sérieux (article 6 § 1) - non-violation

Placement d'un enfant à la suite d'esoupçons de mauvais traitements pesant sur le père (article 8) - non-violation

Maintien du placement de l'enfant après le non-lieu dont bénéficia le père dans la procédure pénale dirigée à son encontre pour mauvais traitements (article 8) - non-violation

Restriction des contacts entre un père et son enfant placé (article 8) : non-violation

43) **J.B.**

Req. n°33634/96

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative concernant des pénalités en matière fiscale (article 6 § 1) - violation

44) **GUISSET**

Req. n°33933/96

Arrêt du 26 septembre 2000 (section I) : absence de publicité des débats devant la Cour de discipline budgétaire et financière (article 6 § 1) - violation

Durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

45) **DONATI**

Req. n°37989/97

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - règlement amiable

46) **PERIÉ**

Req. n°38701

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - règlement amiable

47) **CAMILA**

Req. n°38840/97

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - règlement amiable

48) **Joseph Gilbert GARCIA**

Req. n°41001/98

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

49) **DAGORN**

Req. n°42175/98

Arrêt du 26 septembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

50) **DU ROY et MALAURIE**

Req. n°34000/96

Arrêt du 3 octobre 2000 (section III) : condamnation pour publication d'informations relatives à l'ouverture d'une procédure pénale sur plainte avec constitution de partie civile (article 10) - violation

51) **KANOUN**

Req. n°35589/97

Arrêt du 3 octobre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - violation

52) **MAAOUIA**

Req. n°39652/98

Arrêt du 5 octobre 2000 (Grande Chambre) : durée d'une procédure relative à une requête en relèvement d'une interdiction du territoire (article 6 § 1) - non violation - article 6 non applicable

53) **LAGRANGE**

Req. n°39485/98

Arrêt du 10 octobre 2000 (section III) : défaut d'accès à un tribunal en raison de l'acceptation d'une indemnisation à titre gracieux (article 6 § 1) - violation

54) **DACHAR**

Req. n°42338/98

Arrêt du 10 octobre 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale avec constitution de partie civile (article 6 § 1) - violation

55) **DE MOUCHERON et autres**

Req. n°37051/97

Arrêt du 17 octobre 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale avec constitution de partie civile (article 6 § 1) - violation

56) **CAMPS**

Req. n°42401/98

Arrêt du 24 octobre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

57) **CHAPUS**

Req. n°46693/99

Arrêt du 24 octobre 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - violation

58) **LACOMBE**

Req. n°44211/98

Arrêt du 7 novembre 2000 (section I) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

59) **GRASS**

Req. n°44066/98

Arrêt du 9 novembre 2000 (section II) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

60) **ANNONI DI GUSSOLA et autres**

Req. n°31819/96 et 33293/96

Arrêts du 14 novembre 2000 (section III) : radiation de pourvois en cassation au motif que les appelants n'avaient pas exécuté les arrêts contestés (article 6 § 1) - violation

61) **PIRON**

Req. n°36436/97

Arrêt du 14 novembre 2000 (section III) : expropriation dans le cadre d'un remembrement rural (article 1 du Protocole n° 1) - violation
Durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

62) **P.V.**

Req. n°38305/97

Arrêt du 14 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - violation

63) **DELGADO**

Req. n°38437

Arrêt du 14 novembre 2000 (section III) : durée de deux procédures prud'homales (article 6 § 1) - violation

64) **THURIN**

Req. n°32033/96

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale avec constitution de partie civile (article 6 § 1) - violation

65) **SIEGEL**

Req. n°36350/97

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure en partage d'une succession devant des notaires (article 6 § 1) - violation

66) **LUCAS**

Req. n°37257/97

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - violation

67) **LECLERCQ**

Req. n°38398/97

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - violation

68) **BOURIAU**

Req. n°39523/98

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure pénale (article 6 § 1) - violation

69) **PULVIRENTI**

Req. n°41526/98

Arrêt du 28 novembre 2000 (section III) : durée d'une procédure civile (article 6 § 1) - règlement amiable

70) **MOTIERE**

Req. n°39615/98

Arrêt du 5 décembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

71) **BURGORGUE**

Req. n°43624/98

Arrêt du 5 décembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - règlement amiable

72) **BALLESTRA**

Req. n°28660/95

Arrêt du 12 décembre 2000 (section III) : durée d'une procédure administrative (article 6 § 1) - violation

73) **GENESTE**

Req. n°48994/99

Arrêt du 12 décembre 2000 (section III) : durée d'une procédure prud'homale (article 6 § 1) - violation

Brève présentation statistique des arrêts rendus par la Cour de Strasbourg contre la France durant l'année 2000

par

Paul TAVERNIER
Professeur à l'Université de Paris XI
Directeur du CREDHO-Paris Sud

Une approche statistique de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg semble de plus en plus justifiée étant donné que le nombre des arrêts, concernant la France, aussi bien que l'ensemble des Etats parties à la Convention, a fait un bond considérable et sans précédent en l'an 2000¹. Le contentieux "français" représente 73 arrêts (voir tableau et graphique *supra*) contre 23 seulement en 1999 et 28 en 1998, sur un total de 695 arrêts rendus par la Cour en l'an 2000, soit environ 10,5 %, contre 177 en 1999 et 106 en 1998. Sur les 73 arrêts concernant la France, seuls trois ont été prononcés par une Grande Chambre (les arrêts *Cha'are Shalom* et *Frydlender* du 27 juin et l'arrêt *Maaouia* du 5 octobre), les autres étant rendus en quasi totalité par la IIIe section présidée par le juge français, Jean-Paul COSTA (66 arrêts sur 73 arrêts) ; la section I a rendu deux arrêts contre la France ; les sections II et IV chacune un arrêt.

¹ Les données statistiques utilisées sont tirées de la version provisoire, disponible sur le site internet de la Cour, de l'*Aperçu 2000*. Ce document comporte de légères différences dans les chiffres figurant dans divers tableaux. En 1999, 23 Etats avaient fait l'objet d'au moins un arrêt de la Cour alors que 18 autres avaient échappé à la censure de la Haute juridiction (voir *Cahiers du CREDHO*, n° 6, 2000, p. 29). En l'an 2000, 31 Etats sur 41 parties à la Convention ont été mis en cause dans des affaires ayant donné lieu à un arrêt, seuls dix Etats ne l'étant pas : Albanie, Andorre, Croatie, Géorgie, Lettonie, Liechtenstein, Macédoine, Moldova, Russie et Ukraine.

• **Statistiques concernant la procédure depuis l'introduction de la requête jusqu'à la décision de recevabilité**
(données concernant la France)

	1999		2000	
	Nb dossiers	Pourcentage	Nb dossiers	Pourcentage
Dossiers provisoires ouverts	2581		2813 (+ 232 + 9%)	
Requêtes enregistrées	870/2581	33,71	1033/2813	36,72 (+ 3%)
Requêtes déclarées irrecevables ou rayées du rôle				
• par rapport aux dossiers ouverts	280/2581	10,85	626/2813	22,25
• par rapport aux requêtes enregistrées	280/870	32,18	626/1033	60,60
Requêtes communiquées au gouvernement				
• par rapport aux dossiers ouverts	121/2581	4,69	105/2813	3,73
• par rapport aux requêtes enregistrées	121/870	13,90	105/1033	10,16
Requêtes déclarées recevables				
• par rapport aux dossiers ouverts	51/2581	1,98	80/2813	2,4
• par rapport aux requêtes enregistrées	51/870	5,86	80/1033	7,74

Il ressort de ce tableau que l'augmentation du nombre de dossiers ouverts de 1999 à 2000 est assez importante (près de 9 %), alors que celle des requêtes enregistrées est plus faible (seulement 3 %). Quant au taux de recevabilité des requêtes, il est faible, soit 7,74 % par rapport aux requêtes enregistrées en 2000, et 2,4 % par rapport aux dossiers provisoires ouverts la même année. Ce taux est plus faible que le taux moyen concernant tous les Etats parties à la Convention : soit 10,32 % pour le nombre de requêtes recevables par rapport aux requêtes enregistrées (1082/10486 en 2000) et 4,1 % par rapport aux dossiers provisoires (1082/26398). Il est vrai que l'Italie présente un profil particulier en 2000 : 485 requêtes recevables pour 867 requêtes enregistrées, soit un taux de recevabilité de 56 %, et pour 5142 dossiers provisoires, soit un taux de 9,43 %.

• **Statistiques concernant la procédure après la décision de recevabilité**
(cas de la France pour l'année 2000)

	Nb arrêts	Pourcentage
Arrêts constatant un règlement amiable	10	
Arrêts de radiation	2	
Arrêts accueillant une exception préliminaire (non-épuisement des voies de recours internes)	4	
Arrêts constatant l'inapplicabilité (de l'article 6)	1	
Total des arrêts qui ne se sont pas prononcés sur le fond	17/73	23,29
Total des arrêts qui se sont prononcés sur le fond	56/73	76,71
Arrêts constatant au moins une violation de la Convention		
• par rapport au nombre d'arrêts qui ne sont pas prononcés sur le fond	50/73	68,49
• par rapport au nombre d'arrêts qui se sont prononcés sur le fond	50/56	89,29
Arrêts ne constatant aucune violation de la Convention		
• par rapport au nombre d'arrêts qui se sont prononcés sur le fond	6/73	8,22
• par rapport au nombre d'arrêts qui se sont prononcés sur le fond	6/56	10,71

Ce tableau montre que le nombre des arrêts qui ne se prononcent pas sur le fond de l'affaire est assez élevé (près du quart) et que le taux des violations constatées est loin d'être négligeable (près de 90 % des arrêts s'étant prononcés sur le fond). Ces données doivent être comparées aux chiffres concernant les autres pays.

• **Arrêts constatant un règlement amiable et arrêts de radiation**

(taux par rapport au total des règlements amiables et radiations, et par rapport au nombre d'arrêts du pays concerné) (an 2000)

Autriche	6/242	2,48 %	6/21	28,57 %
France	13/242	5,37 %	13/73	17,81 %
Italie	160/242	66,12 %	160/396	40,40 %
Pologne	7/242	2,89 %	7/19	36,84 %
Portugal	9/242	3,72 %	9/20	45 %
Royaume-Uni	8/242	3,31 %	8/30	26,66 %
Turquie	13/242	5,37 %	13/39	33,33 %

Il y a eu au total 242 règlements amiables ou radiations du rôle en l'an 2000, alors qu'il n'y en avait eu que 41 en 1999 ; mais l'augmentation est due essentiellement à l'Italie (passée de 25 à 160 règlements amiables). Le taux de règlements amiables ou de radiations pour la France est relativement peu élevé par rapport à d'autres pays, mis à part le cas particulier de l'Italie.

• **Arrêts ayant statué sur le fond** (constat de violation et de non-violation par rapport au nombre d'arrêts sur le fond concernant le pays considéré, et par rapport au total des arrêts sur le fond) (an 2000)

		Nb arrêts	Pourcentage	Nb arrêts	Pourcentage
Autriche					
	violation	13/15	86,67 %	13/422	3,08 %
	non-violation	2/15	13,33 %	2/20	10 %
France					
	violation	49/56	87,50 %	49/422	11,61 %
	non-violation	7/56	12,50 %	7/20	35 %
Italie					
	violation	233/235	99,15 %	233/422	55,21 %
	non-violation	2/235	0,85 %	2/20	10 %
Turquie					
	violation	23/26	88,46 %	23/422	5,4 %
	non-violation	3/26	11,54 %	3/20	15 %
Royaume-Uni					
	violation	16/19	84,21 %	16/422	3,79 %
	non-violation	3/19	15,79 %	3/20	15 %

On relève que la France vient en seconde position, mais loin derrière l'Italie en ce qui concerne le nombre des arrêts de condamnation, mais la proportion entre les arrêts de condamnation et les arrêts ne relevant aucune violation est assez proche de celle que l'on trouve pour les autres pays, sauf le cas particulier de l'Italie où le taux de violation est de plus de 99 % !

• **La répartition du contentieux français par matière**

Article 3 (mauvais traitement lors d'une arrestation)	1/81*	1,23 %
Article 5 (durée de la détention provisoire)	6/81	7,41 %
Article 6		
procès équitable	11/81	13,58 %
durée de la procédure	57/81	66,28 %
total pour l'article 6	68/81	83,95 %
total pour les articles 5 et 6	74/81	91,36 %
Article 8 (vie familiale)	2/81	2,47 %
Article 9 (abattage rituel)	1/81	1,23 %
Article 10 (liberté de la presse)	1/81	1,23 %
Article 14 (discrimination de l'enfant adultérin)	1/81	1,23 %
Article 1 Protocole I (expropriation)	1/81	1,23 %

* Chaque arrêt peut porter sur plusieurs articles de la Convention. Le chiffre total de 81 ne correspond donc pas au nombre des arrêts.

Ce tableau confirme que pour la France, comme pour l'ensemble des Etats parties, le contentieux de la Cour de Strasbourg est concentré essentiellement sur deux articles de la Convention, les articles 5 et 6 représentant à eux seuls plus de 90 % et l'article 6 lui-même plus de 80 %. La place qui revient au contentieux relatif aux autres dispositions de la Convention est des plus réduites (8,64 % pour les articles 3, 8, 9, 10 et 1 du Protocole I). Cette situation, n'est pas propre à la France et le contentieux relatif à la durée excessive de la procédure apparaît hypertrophié (66,28 %), comme c'est le cas, non seulement pour l'Italie, mais aussi pour beaucoup d'autres Etats parties. Il y a là un problème très préoccupant pour l'avenir de la Cour de Strasbourg. Celle-ci a essayé d'y remédier en mettant les Etats devant leurs responsabilités dans l'affaire Kudla c/ Pologne (voir notre commentaire au Journal du droit international, n° 1, 2001, pp. 191-195), mais ceux-ci prendront-ils les mesures nécessaires ? En ce qui concerne la France, la répartition des affaires mettant en cause la durée excessive de la procédure était la suivante en l'an 2000 : juridictions civiles (11 affaires), juridictions administratives (22 affaires), juridictions prud'homales (10 affaires), juridictions pénales (10 affaires) et juridictions pénales avec constitution de partie civile (4 affaires).

Même si le contentieux relatif à la Convention européenne des droits de l'Homme est concentré statistiquement sur les articles 5 et 6, cela ne diminue en rien, bien au contraire, l'intérêt de l'étude de la jurisprudence portant sur les autres articles à laquelle le colloque du CREDHO apporte chaque année sa contribution.

Ouverture

M. Charbonneau (Vice-Président de l'Université de Paris XI (Paris-Sud))

"Les arrêts rendus par la Cour européenne et les relations avec la France". Il s'agit d'un thème très important. En est-il de plus important en matière de société que celui des droits de l'Homme et, personnellement, je pense que la réflexion sur les droits de l'Homme doit se faire au niveau le plus large, donc au niveau européen certainement. A terme, on peut espérer qu'elle se fera à l'échelle de la planète et que cette réflexion influe donc sur le comportement de la France et du droit me paraît absolument essentiel. Je suis donc convaincu que les débats qui se dérouleront aujourd'hui vont être passionnants, sinon passionnés, et je vous souhaite une excellente journée.

M. Faugère (Doyen de la Faculté Jean Monnet à Sceaux)

Merci à Paul Tavernier de m'avoir donné l'occasion d'intervenir, d'autant plus qu'en tant qu'économiste, je n'ai aucune compétence dans le domaine qui va faire l'objet de vos débats. Je suis préoccupé actuellement par la préparation du contrat quadriennal, comme l'a rappelé le Vice-président Charbonneau, et c'est un exercice difficile quand on est à la Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion, insérée dans un environnement scientifique dur...

Je voudrais souligner d'abord que je trouve, vu de l'extérieur par rapport à la sphère juridique, que nous avons beaucoup de chance dans notre pays de considérer que les droits de l'Homme ne sont plus seulement un problème politique, mais aussi un problème de technique juridique, d'interférence entre des instances européennes et des instances nationales puisque c'est le thème d'aujourd'hui. Ceci prouve la maturité de notre société au regard de toutes les sociétés dans lesquelles les droits élémentaires de l'Homme ne sont pas reconnus et le problème des droits de l'Homme est un problème essentiellement de mobilisation, un problème politique, un problème de survie.

Je voudrais saluer dans ce colloque son originalité, et ses quatre qualités qui sont toutes à mettre à l'actif de son organisateur, le CREDHO, et par ricochet de la Faculté Jean Monnet.

Première qualité : c'est un colloque récurrent. Pour la plupart des colloques, il s'agit d'un événement unique, et on passe ensuite à autre chose. La récurrence est le signe de la vitalité, du fait qu'au septième épisode l'assemblée est aussi importante, sinon encore plus importante. Cela signifie qu'il y a la capacité pour une équipe à s'attaquer à un thème, à travailler sur un thème, et à intéresser de jeunes chercheurs à ce thème.

La deuxième qualité, c'est le réseau, c'est-à-dire que ceux qui participent à ce colloque se connaissent, et c'est évidemment lié à la récurrence, et ils se retrouvent pour parler de ce thème là. Et je saluerai ici le fait que Paul Tavernier menait ses activités de recherches à Rouen, puis il vient de Rouen à Paris-Sud et il ne part pas en déshabillant Rouen, mais au contraire il maintient des liens entre son ancienne équipe de recherche et sa nouvelle équipe. Je crois que le travail en réseau pour le droit et pour l'ensemble de la recherche, est extrêmement important.

La troisième qualité tient au fait que ce colloque, bien qu'il soit, au moins vu de l'extérieur, un colloque très technique, n'en est pas moins un colloque pluridisciplinaire. J'ai le plaisir de voir que trois professeurs de droit privé sont impliqués dans cette manifestation et dans les discussions. C'est aussi l'occasion pour publicistes et privatistes, car on est souvent prisonnier de nos appartenances disciplinaires, d'un travail d'équipe.

La dernière qualité apparaît lorsque je regarde la composition de cette salle, à savoir l'équilibre démographique. Je ne parle pas de la parité hommes/femmes qui n'est pas vraiment respectée ici, mais de l'équilibre démographique en termes de génération, dans la mesure où ce colloque a attiré manifestement des chercheurs mûrs, mais également de jeunes étudiants et de jeunes chercheurs.

Ces qualités sont très importantes, et je remercie Paul Tavernier de les avoir réunies ainsi que toute l'équipe administrative, et notamment Mme Chrétien, qui a permis la tenue de ce colloque.

Michele DE SALVIA

Je suis embarrassé en ma qualité de greffier de la Cour car je dois m'en tenir à une stricte réserve, à une *judicial self restraint*.

Le thème que j'ai choisi, à l'invitation du professeur Tavernier, est lui aussi un thème récurrent.

L'actuelle Cour européenne des droits de l'Homme : un Phénix renaissant de ses cendres ?

par

Michele **DE SALVIA**

Greffier de la Cour européenne des droits de l'Homme

Selon la légende, le Phénix, oiseau fabuleux unique de son espèce, une fois brûlé, avait le privilège de renaître de ses cendres afin d'entamer une nouvelle vie.

Dans notre cas, le Phénix en question peut être la composante juridictionnelle du système de protection de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, avec la disparition de la Commission et de l' "ancienne" Cour, la "juridiction de Strasbourg" s'est transformée en un nouvel organe : la Cour "unique" des droits de l'Homme, cette Cour résultant de la fusion des deux institutions précitées.

L'adjectif "unique", utilisé même dans les travaux préparatoires pour désigner la nouvelle Cour, montre bien qu'en fait il y avait auparavant, à la base du système de protection, deux véritables organes juridictionnels, l'un quasi-judiciaire (la Commission) et l'autre pleinement judiciaire (la Cour) chargé de dire le droit en tranchant au fond les questions qui lui étaient soumises par la Commission, les Etats, voire même par des individus dans le cadre du Protocole n° 9. Dans ce système, la Commission était considérée, dans l'imaginaire collectif, comme une sorte de "cour" ou tribunal de première instance, aux attributs singuliers et novateurs.

Comme cela ressort clairement des travaux préparatoires du Protocole n° 11, la nouvelle Cour a largement puisé dans le patrimoine génétique de la "juridiction" bicéphale qu'elle a été censée remplacer.

D'où la légitime interrogation : s'agit-il d'un juridiction "nouvelle" dans ses éléments constitutifs principaux ou ne s'agit-il pas, en fait, que d'une opération de chirurgie plus esthétique et réparatrice, destinée à gommer des rides et des imperfections, qu'une véritable opération de reconstruction d'un édifice aux fissures apparentes ?

C'est ce que nous essaierons d'analyser brièvement en partant d'une double approche : les **assonances** entre les deux systèmes, d'une part, et les **dissonances** entre ces systèmes, de l'autre. Assonances et dissonances qui nous permettront de mesurer, peut-être, le degré d'adéquation des solutions retenues par le Protocole n° 11 aux objectifs poursuivis par les inspireurs de la réforme et les auteurs de ce texte.

Les assonances

Elles peuvent être mesurées quant à la forme et quant au fond.

Pour ce qui est de la forme, il est à peine nécessaire de relever que peu a changé quant à la présentation d'une requête et aux méthodes de traitement de celle-ci. La formule de requête n'a pas été, pour l'essentiel, modifiée et les communications que le greffe de la Cour envoie aux requérants, potentiels ou réels, sont quasiment identiques à celles que le Secrétariat de la Commission leur faisait parvenir auparavant. Surtout, l'esprit dans lesquels se déroulent les contacts entre le greffe et les requérants s'inspire toujours du même souci d'assurer un équilibre entre le respect du droit de recours individuel et l'exigence de limiter un contentieux voué à l'échec à plus de 80%. Ce, afin de désengorger ainsi, un rôle qui devient de plus en plus difficile à maîtriser.

Les textes qui sont présentés par le greffe aux juges en vue du traitement des requêtes sont calqués sur ceux de l'ancienne Commission, qu'il s'agisse des rapports, des notes de procédure et des projets de décisions. Les textes des décisions sur la recevabilité et des arrêts au fond sont la copie conforme de ceux rendus par l'ancienne Commission et par l'ancienne Cour.

Les assonances quant au fond concernent à la fois l'organisation de la Cour, et donc la procédure d'examen proprement dite, ainsi que le contenu jurisprudentiel des décisions et des arrêts.

Des trois formations de jugement prévues par le Protocole n° 11, deux s'inspirent directement de celles existant au sein de la Commission -les Comités et les Chambres- la Grande Chambre, elle, s'inspirant plutôt de la formation créée par l'ancienne Cour au moyen d'une modification au Règlement intérieur.

Le système des juges rapporteurs en vigueur à l'ancienne Commission a été maintenu. Il s'agit là d'un résultat important, car le rapporteur est le principal moteur de la procédure et forme avec le référendaire, chargé en fait du dossier, la véritable cheville ouvrière de la procédure. Les pouvoirs du juge rapporteur sont identiques à ceux dont disposait son homologue au sein de la Commission, notamment en ce qui concerne la mise en état de l'affaire.

La procédure d'examen proprement dite suit de très près celle élaborée par la Commission et passe à travers des stades désormais codifiés : la communication, l'éventuelle tenue d'une audience, l'établissement des faits, la tentative de règlement amiable.

Le principe des mesures d'urgence, une des améliorations les plus audacieuses apportées par la Commission au déroulement de la procédure, a également été retenu par le Règlement de la Cour. De même, le principe de la tierce intervention qui dans l'ancien système n'avait été prévu que par le Règlement de l'ancienne Cour, est désormais inscrit dans la Convention.

En ce qui concerne le contenu des solutions jurisprudentielles, les assonances sont assurément plus profondes que les dissonances. Au fur et à mesure qu'avancait l'élaboration du nouveau système qui aurait dû être mis en place par le Protocole n° 11, beaucoup s'étaient inquiétés des divergences qui risquaient de se produire quant à l'application de la Convention par un organe nouveau qui aurait pu se sentir délié de toute "allégeance" à la jurisprudence de la Commission et de l'ancienne Cour. Le maintien de ce que l'on a appelé l'acquis jurisprudentiel a été l'une des questions les plus souvent évoquées, la crainte étant celle d'un nivellement vers le bas à cause surtout de l'élargissement du système de protection aux pays d'Europe centrale et orientale.

Or, rien de tel ne s'est produit. Tout au contraire. L'acquis a été maintenu à un niveau aussi élevé de protection. La jurisprudence s'est inspirée des mêmes principes directeurs élaborés par l'ancienne Cour et par la Commission, à tel point que la jurisprudence a repris formules et citations comme si la continuité l'emportait nettement sur le changement.

Dissonances

Elles sont nombreuses et profondes et concernent surtout le fond et, marginalement, la forme.

Le changement de forme le plus visible est constitué par le prononcé des arrêts, ou mieux par la procédure par laquelle ils sont rendus publics. Dans le précédent système, l'arrêt était toujours rendu public par le prononcé comportant la lecture intégrale de la partie "en droit". Il s'agissait là d'une procédure qui a été critiquée (aussi par certains juges de l'ancienne Cour) surtout par sa lourdeur, car il n'était pas inhabituel d'assister à des prononcés durant plus d'une demi-heure pour un seul arrêt.

Désormais, les arrêts sont rendus publics par une procédure plus simple et expéditive. En règle générale, les arrêts de la Grande Chambre sont rendus publics par la lecture d'un résumé des faits essentiels et la lecture du seul dispositif, le texte étant aussitôt mis à la disposition du public. Toujours en règle générale, les arrêts des Chambres, de même évidemment que les décisions sur la recevabilité, sont rendus publics par la notification par écrit aux parties. Il est à noter que tous ces textes sont insérés sur le site Internet de la Cour, en principe le jour même du prononcé ou de la notification.

Malgré les apparences, les dissonances au fond revêtent de l'importance et sont de nature à éclairer les points de divergence, certains desquels fondamentaux, entre l'ancien et le nouveau système.

Ce qu'il faut souligner d'abord est la complète judiciarisation du système, avec la mise à l'écart du Comité des ministres en tant qu'organe de décision au fond. S'il s'agit là d'une évolution souhaitable et nécessaire après près de cinquante années de fonctionnement du système de protection, il faut aussi relever qu'en fait, cet organe n'avait été (à quelques rares exceptions près) qu'une sorte de chambre d'enregistrement pour des décisions prises au fond par la Commission (dans des affaires ne présentant pas d'intérêt pour le développement de la jurisprudence) et auxquelles il fallait donner le sceau du caractère obligatoire.

Le précédent système s'appuyait donc sur une répartition des rôles : la Commission était à la fois une sorte d'avocat général pour les affaires (pas très nombreuses) qui soulevaient un réel problème d'interprétation de la Convention et qui étaient dès lors déferées à la Cour, et une juridiction de première instance pour la grande masse des affaires.

La judiciarisation complète du système a été à l'origine d'un autre profond changement : le droit de recours, désormais obligatoire pour les parties contractantes, s'exerce devant la Cour elle-même qui remplit la fonction de filtre, jadis confiée à la Commission. Ce qui n'est pas sans poser des problèmes, une Cour étant soumise à des règles beaucoup plus strictes qu'un organe du genre de celui de la Commission.

Pour ce qui est de la composition de la Cour, deux changements majeurs sont intervenus. Si les juges sont toujours élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe laquelle, il est vrai, a ajouté à la procédure une phase nouvelle de façon à augmenter son poids en matière de choix des juges, la durée de leur mandat a été écourtée (sans que l'on sache véritablement pourquoi) par rapport à celle des juges de l'ancienne Cour (six ans au lieu de neuf) et a été introduite une limite d'âge (70 ans) qui n'existe pas pour d'autres tribunaux internationaux, voire même pour les seules cours nationales comparables, à savoir les cours constitutionnelles.

En ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement de la Cour, s'il est vrai que le système des Chambres a déjà existé au sein de la "première" Cour, il est tout aussi vrai que leur rôle est foncièrement différent. Dans le nouveau système il s'agit de Chambres constituées pour une durée déterminée (et non pas constituées pour chaque affaire). Un système comparable a aussi existé au sein de la Commission, mais à la différence de ce qui se passait devant cet organe, les Chambres fonctionnent désormais comme autant de "cours" au sein de la Cour, "cours" en principes autonomes et dotées de la plénitude de juridiction. En effet, toujours à la différence de ce qui se passait à la Commission qui, en formation plénière, avait le pouvoir d'évoquer une affaire, les Chambres de la nouvelle Cour ne peuvent pas être dessaisies contre leur gré. Il y a là un élément de rigidité qui réduit d'autant le rôle régulateur qui devrait échoir à la Grande Chambre.

Même la possibilité d'un réexamen d'un arrêt rendu par la Chambre par la Grande Chambre est soumise à de telles contraintes qu'elle est quasiment exceptionnelle.

Pour s'en convaincre, il n'est que de relever le nombre très limité des dessaisissements volontaires et des demandes de réexamen acceptés par le collège de la Grande Chambre.

On pourrait aussi mentionner l'abandon du principe de confidentialité, qui était la règle devant la Commission, et surtout les procédures de règlement amiable pour lesquelles la Cour, à la différence de la Commission, n'intervient pas directement.

Comme on le voit, les dissonances ont trait à l'organisation du travail judiciaire de la Cour. Elles ne concernent pas le contenu jurisprudentiel pour lequel il y a continuité, ce qui n'exclut pas, bien évidemment, les nécessaires évolutions.

Conclusions

Les aspects qui viennent d'être mentionnés sont de nature, me semble-t-il, à fournir quelques éléments de réponse à d'importantes interrogations.

Le bel oiseau de Strasbourg est toujours le même que celui admiré et respecté pendant des décennies ? Et encore. L'opération "chirurgicale" du Protocole n° 11 a-t-elle été concluante ? Va-t-on vers une "réforme" de la réforme comme certains l'affirment ?

De toute évidence, si en apparence par son plumage et par son ramage le Phénix est toujours le même, le processus de sa renaissance a engendré des modifications profondes dans son code génétique.

Pour ne citer qu'un aspect, on peut relever que le fractionnement de l'activité judiciaire entre des Chambres de plus en plus cloisonnées et l'impossibilité pour la Grande Chambre de se saisir d'une affaire par voie d'évocation, pose un sérieux problème de coordination concernant les pratiques et l'évolution de la jurisprudence.

De plus, la distribution des affaires parmi les Chambres si, en principe, elle suit un critère objectif (l'affaire étant confiée à la Chambre où siège le juge national), elle doit également composer avec les réalités d'une distribution équitable du travail parmi les Chambres elles-mêmes. Il s'ensuit que certaines affaires importantes concernant une pays donné sont traitées par d'autres Chambres que la chambre "naturelle", ce qui peut se répercuter sur la solution retenue.

Il faut aussi souligner que l'élément de stabilité jurisprudentielle, stabilité qui est au niveau des principes indéniable, est représenté en l'occurrence, mais jusqu'à un certain point seulement, par les juristes du greffe, greffe dont le rôle s'inscrit à la fois dans la continuité (par rapport greffe de l'ancienne Cour et par rapport au Secrétariat de la Commission) et dans le changement car il est appelé à assister une Cour permanente composée de juges désormais "professionnels".

Quant à l'opération "chirurgicale" du Protocole n° 11, elle ne semble pas avoir atteint jusqu'ici les objectifs principaux qu'elle s'était assignés, le but principal de la "réforme" étant -il ne faut pas l'oublier- d'aboutir à une restructuration du système en vue de réduire la durée des procédures au niveau supranational.

Faut-il alors s'inscrire résolument dans une perspective de "réforme" en profondeur du système ? Avant d'entamer une réflexion sur les moyens à mettre en œuvre et les meilleures solutions à retenir, une question préalable doit trouver

une réponse satisfaisante de la part de ceux-là mêmes qui ont mis sur pied le système de protection et ont voulu la "réforme", c'est-à-dire les Etats.

A notre avis, la question préalable à résoudre n'est pas tant d'ordre juridique ; elle est avant tout -et surtout- d'ordre politique.

A cet égard, le contexte joue un rôle déterminant. Ce contexte n'est plus celui des années 80 où le projet de réforme avait été conçu et avait pris forme. La cadre actuel est celui d'une Europe qui fait fi des frontières géographiques, d'une Europe euro-asiatique de quelque 800 millions de citoyens.

D'où la question essentielle qui conditionne toute la réflexion future : peut-on assurer une justice supranationale pour un tel ensemble en gardant un droit de recours individuel généralisé et illimité, ou ne doit-on pas songer à une sorte de "barrage" en amont de la procédure européenne, en partant de l'idée qu'au delà d'un certain seuil de contentieux il ne serait plus possible d'assurer une justice rapide et efficace ?

Ensuite, comment organiser un tel "barrage" ? Faut-il faire revivre la Commission, sous d'autres formes, par exemple en songeant à une sorte de Parquet européen qui pourrait refuser d'accepter des requêtes qui n'auraient pas de chances suffisantes de succès et qui ne soulèveraient pas de problèmes sérieux en matière de droits fondamentaux ? Que prévoir alors, par exemple, pour le contentieux relatif à la durée excessive des procédures internes ?

Et encore, quelle est la charge budgétaire que les Etats seraient prêts à assumer pour une protection judiciaire efficace au niveau européen ?

Et enfin, comment concilier une protection européenne à la dimension politique du Conseil de l'Europe (43, voire jusqu'à 47 Etats membres) avec l'élargissement de l'Union européenne et la nécessité, que d'aucuns considèrent impérieuse, d'assurer à l'intérieur de cette même Union une protection réelle des droits fondamentaux (ce qui pose le problème de la coexistence non seulement de textes tels que la Convention européenne et la Charte des droits fondamentaux ou le futur texte qui la remplacera, mais également la coexistence de deux Cours "suprêmes", et l'une et l'autre ayant vocation "constitutionnelle") ? Quel avenir réserver, dans ce cadre, à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne ?

En fin de compte, la question essentielle est simple, bien que la réponse ne le soit pas forcément : que souhaitent en fait les Etats européens en matière de protection des droits fondamentaux ?

De la réponse à cette question dépend l'avenir d'un système, celui de Strasbourg, à la fois ambitieux et pragmatique, mais qui ne pourra pas, sans de profonds changements, continuer à jouer le rôle fédérateur des "libres démocraties d'Europe" qui a été le sien pendant un demi-siècle.

Débats

Paul TAVERNIER

Je voudrais remercier Michele DE SALVIA pour son exposé remarquable. Une fois de plus, il a fait la preuve qu'il est non seulement un fin juriste et un praticien confirmé, mais aussi qu'il est un universitaire expérimenté.

Une question me préoccupe beaucoup : celle de la langue. Je sais que M. DE SALVIA est aussi un grand défenseur de la langue française au Conseil de l'Europe, à la Commission, et maintenant à la Cour. Il nous a expliqué la difficulté liée au nombre des langues (37) pour que les juges arrivent à comprendre les dossiers. C'est une gageure...

Je signalerai tout d'abord un problème technique : on trouve sur internet des arrêts avec des indications en langue étrangère qui ne sont pas lisibles suivant les systèmes informatiques utilisés. Mais surtout on constate que les arrêts rendus, notamment pour l'Italie, le sont de plus en plus en anglais, ce qui sans doute s'explique par la situation de la langue française en Italie... Mais plus grave encore, pour la Suisse, on se rendra compte que la plupart des arrêts sont rendus en anglais. En Italie, le français n'est pas une langue officielle, mais par contre elle l'est en Suisse puisqu'il y a quatre langues officielles, dont le français. Vous avez peut-être une réponse sur cette question.

Michele DE SALVIA

Le français est une langue nationale italienne, car elle est la langue officielle dans le Val d'Aoste, comme l'allemand l'est au Tyrol du Sud.

Il faudrait peut-être dire un mot sur le régime linguistique des arrêts et des décisions.

Pour des raisons budgétaires ou des raisons d'économie, le système actuel a coupé, dirais-je, la poire en deux ! L'ancienne Cour rendait ses arrêts dans les deux langues et tous les arrêts de l'ancienne Cour existe dans les deux langues officielles. L'ancienne Cour rendait quelques dizaines d'arrêts par an. La nouvelle Cour en rend un peu plus de 700 par an, sans compter les décisions sur la recevabilité. Le régime est différent suivant qu'il s'agit de procédures se déroulant devant la Grande Chambre ou de procédure se déroulant devant les Chambres, la Grande Chambre n'intervenant dans le pourcentage que pour 2 ou 3 % des affaires. L'essentiel du travail judiciaire de la Cour est fait au sein des Chambres. Les arrêts de la Grande Chambre existent dans les deux langues officielles. De plus le texte français et le texte anglais font également foi. Ceci est important. Pour ce qui est des arrêts rendus au sein des Chambres, la solution qui s'est imposée - ceci n'a pas été un choix - est qu'il n'existe qu'une version, la version dans laquelle a été élaboré, préparé et rédigé le texte de la décision ou de l'arrêt. Ce qui fait que 95 ou 96 % de la jurisprudence existe dans une seule langue, ce qui signifie que quelqu'un qui veut comprendre exactement le déroulement de la jurisprudence de Strasbourg doit maîtriser les deux langues officielles. Ceci ne gêne pas tellement en fait les francophones, mais plutôt les anglophones. En effet, quand je suis entré au Conseil de l'Europe, je me souviens qu'il y avait les affaires linguistiques belges, et on disait toujours qu'un Belge bilingue est toujours un Flamand... aujourd'hui, on peut dire que le bilingue est toujours un francophone, car les Anglais se dispensent d'apprendre ou d'avoir une connaissance précise de la langue française. Voilà la réalité.

A cela, il faut dire aussi que la jurisprudence publiée, qui ne concerne qu'un choix de décisions et d'arrêts, l'est dans les deux langues officielles, mais avec cette particularité qu'une seule version des deux langues, la version officielle, fait foi. Pourquoi un texte est présenté dans une langue plutôt que dans une autre ? En fait, c'est la langue du référendaire qui détermine la langue de procédure officielle. Les juges francophones ou anglophones peuvent travailler indifféremment avec des référendaires anglophones ou francophones. Mais c'est le référendaire qui détermine l'utilisation de la langue. On commence à avoir des requêtes roumaines présentées en anglais, et donc des arrêts rendus en anglais. A part la Roumanie, la Pologne est quasiment anglophone, la Bulgarie (qui fait partie de la Francophonie) l'est également, et les rares agents du gouvernement qui utilisent le français sont amenés à se servir de l'anglais, car c'est le mouvement naturel des choses.

Voilà pour ce qui concerne la situation du français à la Cour, d'où l'idée que j'avais essayé de mettre en œuvre avec le bâtonnier PETTITI, qui était l'ancien juge français de l'ancienne Cour, de créer à Strasbourg un Institut supérieur francophone de formateurs pour former des avocats, des magistrats et d'autres personnalités qui, se rendant dans leur pays, allaient relayer l'enseignement reçu à Strasbourg. Malheureusement, cet Institut n'a pas reçu les appuis nécessaires en dépit des efforts du bâtonnier PETTITI.

Paul TAVERNIER

Puisque Mme DUBROCARD est là, elle pourrait faire part de ces préoccupations auprès des autorités compétentes du ministère des Affaires étrangères... Il serait souhaitable de faire des efforts pour le développement de la langue, même si la situation est très difficile. En tout cas, elle est très préoccupante.

Vous dites que les francophones sont bilingues, c'est vrai, et que la situation est surtout préjudiciable pour les anglophones, c'est vrai aussi, puisque ce sont eux-mêmes qui avaient demandé qu'on maintienne un certain bilinguisme au moment de la réforme du Protocole n° 11, et de la discussion du Règlement. Mais, même pour les francophones, il y a des problèmes. Ce n'est pas simplement une question de connaissance linguistique, mais c'est aussi une question de connaissance du système juridique. Quand on lit des arrêts concernant la Grande Bretagne et qui se fondent sur une analyse de la *common law*, si on n'est pas un spécialiste de ce système, on a beaucoup de mal à saisir toutes les subtilités du raisonnement. S'il était traduit en français, par des traducteurs professionnels, je pense que l'accès à la jurisprudence serait nettement amélioré. Le fond de la question, est bien sûr budgétaire...

Edouard DUBOUT (Etudiante, Université d'Evry-Val d'Essonne)

La mise en œuvre du Protocole n° 12 va encore augmenter le nombre des requêtes devant la Cour dont le rôle est déjà surchargé. Quelles sont les raisons qui expliquent l'adoption d'un tel texte ?

Michele DE SALVIA

Ce sont des raisons politiques. Je suis un partisan farouche du Protocole n° 12 au niveau des principes, mais il faut dire que cela va également élargir le champ d'application de la Convention, et donc multiplier par deux ou trois ou quatre le nombre des requêtes. Nous n'y pouvons rien. Nous subissons ce que les Etats décident, mais je crois qu'il y a une prise de conscience. Si les Etats décident d'ouvrir à la signature, comme ils l'ont fait à Rome, le Protocole n° 12 qui a déjà été signé par 25 Etats (pas par la France), les Etats doivent donner à la Cour les moyens de leurs ambitions. Il y a déjà eu des résultats positifs, puisque le budget de la Cour va augmenter de 15 % sur deux ans, ce qui compte tenu de la croissance 0 est extraordinaire ; cela veut dire que les autres activités du Conseil de l'Europe vont baisser d'autant. Je crois donc qu'il y a une prise de conscience.

La Cour aura à la fin de l'année 43 juges. Elle aura beaucoup à faire pour intégrer les nouveaux juges qui seront élus. Il faut qu'elle soit débarrassée des contraintes budgétaires parce qu'elle n'est pas responsable des contraintes qu'elle a héritées.

Sylvie BARRAULT (assistante, Faculté Jean Monnet à Sceaux)

Je voudrais à la fois savoir si compte tenu de l'élargissement du nombre des membres, et du nouveau système du jugement par les Chambres, on ne risque pas d'aller à terme vers une dislocation de la jurisprudence ?

Michele DE SALVIA

C'est ce que j'ai dit. En fait, c'est un danger, d'autant qu'on songe déjà à une cinquième Chambre. Il y a quatre Chambres pour l'instant. Je devrais expliquer qu'il y a en fait quatre sections. Le Règlement intérieur a introduit un nouveau concept qui ne figure pas dans le Protocole, c'est la section et la répartition administrative des juges. Les juges sont intégrés dans l'une des quatre sections : il y a donc trois sections de 10 juges et une section de 11 juges, et à l'intérieur des sections, on constitue les Chambres de 7. Néanmoins, on songe à une cinquième section, donc à une cinquième Chambre, et le problème sera très aigu. D'ailleurs, et c'est la réflexion que l'on se fait actuellement, est-ce qu'il ne faut pas avoir à l'intérieur de la Cour un service ou des personnes qui font ce travail de coordination, donc un ou plusieurs jurisconsultes pour essayer de contenir en quelque sorte le danger prévisible ?

Catherine TEITGEN-COLLY (professeur, Faculté Jean Monnet à Sceaux)

On a souligné le défaut de signature par la France du Protocole n° 12, mais Mme DUBROCARD pourra peut-être nous préciser les raisons de ce refus que l'on souhaite temporaire. L'une des principales raisons qui toutefois a été donnée tiendrait à la crainte d'un débordement de la Cour par un contentieux des étrangers. Déjà important, celui-ci verrait son développement favorisé par l'interdiction de discriminations plus étendues que celles qui, fondées sur des droits garantis par la Convention, sont déjà sanctionnées. Cette raison si elle est exacte est difficilement acceptable. Et puisque vous avez évoqué la question d'un Parquet européen, ne croyez-vous pas que c'est dans cette direction qu'il faut chercher une réponse au problème au problème de l'engorgement de la Cour, plutôt que dans le refus de signer le Protocole n° 12 ?

Michele DE SALVIA

Sur le Protocole n° 12 : bien évidemment il y aura une explosion du contentieux parce que pour l'instant l'interdiction de la discrimination ne vaut que pour les droits et les libertés garantis par la Convention. Avec le Protocole n° 12, tout droit qui pourra être garanti au niveau interne, même s'il n'est pas garanti par la Convention, pourra faire l'objet d'une requête. La Cour peut encore plus élargir le contentieux en donnant à la notion de droits garantis par le droit interne un contenu plus large. On ne peut pas prévoir quelle sera l'ampleur du phénomène. Les raisons pour lesquelles les Etats ratifient ou ne ratifient pas le Protocole sont des raisons qui appartiennent aux Etats et qui sont donc largement politiques. Je ne peux pas vous en dire plus. Michèle DUBROCARD en parlera peut-être.

En ce qui concerne l'idée du parquet européen, je l'ai moi-même lancée. Sur le « barrage », la « digue », c'est une idée qui fait son chemin. Certains pensent même que la Cour pourrait agir comme agit la Cour suprême des Etats-Unis qui dit, je peux traiter tant d'affaires par an, je sélectionne les affaires que je veux et je rejette toutes les autres. Ce n'est pas, à mon humble avis, conforme à la tradition juridique continentale européenne ; ou bien il faut avoir un barrage par un organe. Il ne faut pas refaire le passé, mais il faudra bien qu'un jour l'on songe à cette « digue ». Il y a aussi d'autres idées : celle du Président BADINTER d'instituer des tribunaux régionaux qui seraient reliés à une Cour européenne, mais elle se heurte à plusieurs objections. D'abord, il y aura une régionalisation de la protection quant au contenu possible des droits de l'Homme, mais la raison majeure est bien évidemment d'ordre budgétaire. C'est déjà cher pour les Etats d'avoir une Cour européenne à Strasbourg, mais la multiplier par deux ou trois ou quatre, ce serait intenable. Il faut un barrage. L'œuvre de filtrage était accompli par la Commission auparavant, et en tant qu'ancien Secrétaire général de la cette Commission, je peux dire que c'était l'un des organes les plus efficaces en matière de protection si l'on compare les moyens dont elle a disposés et les résultats. Bien évidemment, la Commission agissait dans un cadre qui n'était pas strictement judiciaire ; elle était juridictionnelle, quasi judiciaire. Elle était plus libre et avait des règles plus souples. La Cour actuelle ne le peut pas puisque telle a été la volonté des Etats. Encore une fois, cette volonté a pris forme au milieu des années 80, alors que l'Europe était une Europe de 20 Etats, relativement homogène. En 1989, l'Europe avait fait le plein, à l'exception de Saint Marin, puisque tous les Etats démocratiques faisaient partie du système de la Convention, le nombre des Etats a plus que doublé et en population encore plus, puisque la Russie à elle seule compte 160 millions de citoyens, l'Ukraine 50, la Pologne 40. La Pologne est l'un des tous premiers Etats quant au nombre de requêtes présentées devant la Cour. Le problème est un problème de dimension. La Cour a la possibilité de rendre une justice efficace ; si on lui en donne les moyens, elle est capable de le faire.

Paul TAVERNIER

Si vous le permettez, dans la ligne de ce que vous venez de dire, vous avez mis l'accent, à la demande de Catherine TEITGEN-COLLY, sur un point essentiel qui conditionne l'avenir de cette nouvelle Cour. Je rappellerai pour l'histoire que lors d'un précédent colloque du CREDHO votre prédécesseur, M. PETZOLD, avait suggéré de réfléchir justement sur le modèle de la Cour suprême américaine, et qu'il avait rencontré un tollé, je m'en souviens, à l'évocation de cette idée... Notamment Me DELAPORTE avait protesté vigoureusement. Mais ce n'est que pour l'histoire, car les choses peuvent évidemment évoluer...¹.

Michèle DUBROCARD

Je voudrais très rapidement préciser les raisons pour lesquelles le gouvernement français n'a toujours pas signé le Protocole n° 12.

Ce sont celles que, très précisément, M. DE SALVIA a indiquées : à savoir que la préoccupation majeure actuellement du gouvernement est celui de l'engorgement de la Cour, et sa capacité à fonctionner de façon efficace. L'engorgement, on le craignait, est déjà là. A titre d'exemple, je peux citer l'affaire *Papon*. La requête que l'on nous a signalée depuis plus d'un an ne nous a toujours pas été communiquée. Je parle de la première requête, je ne parle pas de la seconde qui va faire l'objet d'un examen, comme tout le monde le sait, dans le courant de la semaine prochaine². On voit bien, à travers ce seul exemple, quelle est la situation actuelle de la Cour. Dans ce contexte, si l'on a une approche réaliste, il ne me paraît pas opportun pour le gouvernement français de "charger un peu plus la barque", si vous me permettez l'expression, et d'autoriser la Cour à accroître sa compétence. Il ne s'agit pas d'un problème de principe pour la France, la preuve en est que nous avons ratifié le Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, comme chacun le sait, dans son article 26 prohibe de manière très large toute forme de discrimination. Une fois encore, ce n'est pas un problème de principe juridique qui pose des difficultés à la France, c'est la situation actuelle de la Cour.

¹ Voir *Cahiers du CREDHO*, n° 3-1997, pp. 17-18.

² La première requête porte le n° 54210/00. La seconde (n° 64666/01) a fait l'objet d'une décision d'irrecevabilité le 7 juin 2001 : elle est fondée sur l'article 3 CEDH et concerne les conditions de détention du requérant au regard de son grand âge (90 ans) et de son état de santé ; la requête a été déclarée manifestement mal fondée.

Laurence BURGORGUE-LARSEN (professeur, Université de Rouen, directeur du CREDHO-Rouen)

Vous avez fait part de l'existence de liens informels entre les membres de la Cour de Luxembourg et ceux de Strasbourg. Je voudrais savoir comment, dans la pratique, ces rencontres ont lieu, qui en a l'initiative, si elles sont toujours informelles et si d'aventure un jour on pense à les institutionnaliser ? Dans le cadre de ces liens avec la Cour de Luxembourg, est-ce que la Cour de Strasbourg ne réfléchit pas, dans le cadre de sa future restructuration, à ce qu'a mis au point le Traité de Nice au niveau de la nouvelle architecture juridictionnelle, à savoir la création de Chambres spécialisées ? Est-ce que la Cour de Strasbourg pense à cela, c'est-à-dire à la possibilité de créer des Chambres spécialisées, par domaines notamment ?

Michele DE SALVIA

Ces rencontres ont lieu une fois par an, à l'initiative parfois de la Cour de Strasbourg, parfois à celle de Luxembourg. Elles sont toujours informelles, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas ouvertes au public. Il y a un échange de vues sur la façon de dire le droit et sur les problèmes qui se posent. La dernière rencontre a porté sur le rang de la Charte.

En ce qui concerne les Chambres spécialisées : lors de l'élaboration du règlement intérieur de la Cour, entre juillet et octobre 1998, cette question a été mise à l'ordre du jour, mais elle n'a pas trouvé un écho favorable parce que les Chambres spécialisées ne sont pas conformes à la façon dont la juridiction de Strasbourg a toujours traité les problèmes. En effet, un problème peut relever à la fois de plusieurs articles. La Cour de Strasbourg s'inspire beaucoup, on dit de la *common law*, mais je préfère dire du droit romain, parce que le droit romain est un droit prétorien. Les faits étaient présentés au préteur et le préteur donnait le droit, c'est un peu ce qui se passe, c'est le grief et le grief peut être analysé au regard de l'article 6, mais aussi de l'article 8, en matière de garde d'enfants par exemple. S'il s'agit de la procédure, un danger existe déjà dans le fait d'avoir des Chambres spécialisées, et on sait très bien que la première Chambre, qui est présidée par la Vice-présidente PALM, est forcément spécialisée dans les affaires turques. Pourquoi ? Parce que le juge turque siège dans cette Chambre, et vu le nombre des affaires turques, et leur complexité, elles sont évidemment attribuées en grande partie à la première Chambre. La Chambre n° 2, où siège le juge italien, se spécialise, malgré elle, dans les problèmes de durée de la procédure, et ce n'est pas un sujet très intéressant... Les Chambres les plus conviviales, les plus intéressantes, sont les Chambres 3 et 4, surtout la Chambre 3, parce que se trouvent traitées les affaires de la France et du Royaume-Uni. Le hasard a voulu rassembler ces deux pays qui fournissent un contentieux varié, important, bien présenté et on a du plaisir à suivre ses travaux.

Je ne pense pas donc que ce soit une voie que la Cour de Strasbourg souhaite explorer.

Arlette HEYMANN-DOAT (professeur, Faculté Jean Monnet à Sceaux)

Je voudrais attirer l'attention de Mme DUBROCARD sur l'aspect symbolique des choses, au-delà de l'aspect technique. Certes, il peut y avoir un problème technique, quantitatif pour la Cour, mais à des problèmes techniques, on trouve de solutions techniques. En vérité, il y a une autre question qui est l'aspect symbolique. Je voudrais rappeler que la France, patrie des droits de l'Homme, a ratifié la Convention européenne 24 ans après sa signature et qu'il est difficile d'expliquer et de justifier cette position aux étudiants dans les cours sur les libertés publiques ou les droits de l'Homme. Vis-à-vis du Protocole n° 12, qui porte sur le droit qui aujourd'hui est le droit en pointe, c'est-à-dire le droit à la non-discrimination, considérer que de raisons techniques sont suffisantes pour que la France ne signe pas ce Protocole, je trouve que c'est un peu court.

Michèle DUBROCARD

Mais précisément, il faut encore vous donner de la matière à débattre avec vos étudiants durant quelques années, et vous pourrez leur expliquer pourquoi nous avons attendu autant de temps pour signer ! C'est finalement intéressant et cela peut susciter des débats dans les années à venir...

Michele DE SALVIA

En fait, je crois que la francophonie a souffert du fait que la France n'a ratifié qu'en mai 1974 et surtout que le droit de recours individuel n'ait été reconnu qu'à partir du 2 octobre 1981. Ceci est vrai. Mais, personnellement, je pense que la France a fait preuve de sérieux, car elle pouvait le faire avant. J'utilise souvent l'exemple français pour montrer comment le système de la Convention et un système contraignant, qui vise en fait le dernier carré où s'exerce la souveraineté des Etats. La France pouvait faire partie du Traité de Rome, être soumise à une juridiction supranationale dès 1958, mais a hésité beaucoup car je crois que l'analyse politique qui avait été faite à l'époque était juste, ce que d'autres Etats n'ont pas fait. Ils l'ont ratifié à la légère, et ils se sont ensuite trouvés face à des problèmes qu'ils n'avaient pas soupçonnés... Il faut toujours trouver un élément positif, même dans des circonstances négatives.

C'est une question quelque peu malicieuse : est-ce que finalement la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas aux prises avec sa propre jurisprudence ? En raison des difficultés que vous avez expliquées, elle risque de ne plus juger dans un délai raisonnable, et elle-même a déjà critiqué certains pays pour s'être mis dans cette situation... Dans la recherche de solutions, elle va être confrontée à des exigences qui l'obligeront à trouver un organe de filtrage qui n'encoure pas les reproches qu'ont encouru un certain nombre d'autorités administratives indépendantes qui manquent d'impartialité parce qu'un organe peut se trouver à la fois associé à un stade de la procédure puis à un autre.

Michele DE SALVIA

En fait, je n'ai pas parlé du principal responsable de tout cela : le Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Il est responsable, mais il faut dire aussi que la pratique et l'histoire ont fait qu'il est devenu le protecteur des droits de l'Homme et le responsable de la situation de la Cour. Le responsable, car il ne faut pas oublier que la Cour ne peut pas modifier une situation interne. La Cour ne peut qu'accorder une réparation. C'est le Comité des ministres qui, à partir des éléments contenus dans la partie « en droit », élabore une stratégie et amène l'Etat, par des procédés ou des pressions diplomatiques, à modifier une situation interne, à changer une loi, etc. Or la situation de la Cour, l'engorgement qui résulte à 25 % des problèmes de durée de procédure, ils ne sont pas nouveaux, ils sont apparus vers le milieu des années 80. Depuis une dizaine d'années, le Comité des ministres sait que certains Etats n'ont pas fait ce qu'ils devaient faire. A défaut d'avoir un système rapide, un système judiciaire qui puisse répondre de façon rapide, donc efficace, il faudrait que les Etats adoptent des solutions de façon à ramener le problème de Strasbourg dans les Etats. Pour l'instant, les Etats se déchargent sur Strasbourg, ne veulent pas résoudre le problème à l'intérieur. Donc les requérants n'ont qu'une seule voie, s'adresser à Strasbourg. Ceci est vrai pour le problème de durée de la procédure, mais pas seulement. Or il y a eu un arrêt, l'arrêt *Kudla* qui concerne la Pologne, un des pays qui connaît bien ces problèmes de durée excessive, dans lequel la Cour a dit clairement : il est fait obligation aux Etats de prévoir des voies de recours internes efficaces pour que le problème de la durée excessive des procédures reste dans le cadre interne et n'arrivent que marginalement à Strasbourg. C'est donc la faute à la fois aux Etats et au Comité des ministres, qui n'imposent pas aux Etats un comportement bien précis afin d'éviter la répétition, parce qu'en fait le problème de la durée de la procédure est tellement simple : la jurisprudence est consacrée. Il suffit d'appliquer la jurisprudence aux faits, et ce qui est vrai pour le problème de la durée des procédures l'est aussi pour certaines violations bien plus graves, par exemple, le défaut d'enquêtes efficaces en Turquie concernant des disparitions de personnes. Là aussi il y a un problème qui ne se limite pas au cas d'espèce. Il y a bien des comportements qu'on peut voir décrits dans la jurisprudence de Strasbourg. La Cour dit aux Etats indirectement : il faut faire ceci ou cela. Il faut que les enquêtes soient efficaces. Le procureur, le parquet ne peut pas se limiter à prendre note et à ensuite classer l'affaire sans suite. Lorsqu'il y a mort d'homme, il doit enquêter. Et les Etats ne peuvent pas rester passifs face à ce déferlement d'affaires. Hier on m'a dit qu'il y a 10 000 affaires italiennes. Il y a des solutions en cours. Il y a une loi qui prévoit un recours interne, mais encore faut-il que le Parlement soit disposé à la voter.

Paul TAVERNIER

Apparemment il y a eu aussi des déclarations gouvernementales italiennes qui disent que des réformes adoptées risquent de nécessiter plusieurs années avant de produire des effets...¹.

Sur l'affaire *Kudla*, je dirai que la Cour fait de grands efforts pour essayer de mettre les Etats devant leurs responsabilités, mais cela peut aussi, comme l'a indiqué un des juges dissidents, aboutir à un afflux supplémentaire de recours pour absence de recours efficace sur le plan interne ... Mais ce serait une autre discussion...

Michele DE SALVIA

Il faut dire aussi que le problème de l'efficacité de la justice est tributaire de la solution d'un autre problème. Ce sont en fait les acteurs de la procédure interne qui parfois s'opposent. Dans certains pays, le nombre des avocats est tellement important qu'ils rechignent à voir le nombre des voies de recours réduit dans le pays. Pourquoi trois degrés de juridiction dans tous les cas ? C'est un problème qui se pose. Pourquoi ne pas réduire le nombre des voies de recours ?

Frédéric ROLIN (professeur à l'Université d'Evry-Val d'Essonne)

J'aimerais juste faire part d'une incompréhension, mais je suis certain qu'elle sera levée au terme de votre réponse. Si on prend l'exemple du droit français, il n'y aurait pas d'obstacle à ce que l'ensemble du contentieux sur la durée excessive de procédure soit dérivé directement dans le droit de la responsabilité nationale. Puisque la durée excessive de

¹ Voir communiqué de presse du Conseil de l'Europe du 2 novembre 2000 : déclarations de M. Piero Fassino, Ministre italien de la Justice, devant la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire, réunie à Rome à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme.

procédure est une faute dans l'exécution du service public de la justice, il suffirait d'une décision de la Cour qui dise que tant qu'on n'a pas exercé cette voie de recours, on n'a pas épuisé les voies de recours internes, pour que les choses soient réglées. Je précise que les deux voies sont actuellement ouvertes et que si les avocats et les requérants ne suivent pas la voie nationale, c'est pour une raison assez simple et assez matérielle : les perspectives d'indemnités pour la partie, et les perspectives de frais irrépressibles pour l'avocat, sont sensiblement améliorées s'ils se présentent devant la Cour européenne plutôt que devant la juridiction nationale, et notamment devant une juridiction administrative, mais pas uniquement. A mon avis, une simple décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, en ce qui concerne le contentieux français, liquiderait une partie importante de l'engorgement, et on pourrait ensuite, au niveau de la Cour, se consacrer à ce qui est le point important, c'est-à-dire la répétition des durées excessives et les dysfonctionnements du système qui fait que l'on constate cette situation, et ce serait une discussion entre la Cour et l'Etat, et non pas entre chaque requérant, l'Etat et la Cour, pour des litiges qui parfois ont peu de portée et peu d'intérêt pour le développement des droits fondamentaux.

Michele DE SALVIA

Depuis de nombreuses années, la situation française est en voie d'amélioration parce que j'ai pris connaissance d'une décision qui constate en effet que la voie de recours (art. L-781 du Code de l'organisation judiciaire) est efficace parce qu'il y a une jurisprudence qui la sous-tend à présent.

Michèle DUBROCARD

Tout récemment la Cour a rendu une décision dans l'affaire *Van der Kar* où elle reconnaît l'efficacité du recours fondé sur l'article L-781 du Code de l'organisation judiciaire mais, malheureusement pour les autorités françaises, uniquement à l'égard des procédures terminées et donc le problème reste entier pour les procédures en cours. Cela ne concerne pour l'instant que les procédures judiciaires et non pas les procédures administratives. Or nous savons tous qu'un certain nombre de requêtes relatives à des durées de procédure excessives concernent les procédures administratives. Donc cela ne règle que partiellement le problème. Je me permets de vous poser une dernière question : nous utilisons tous, très régulièrement votre ouvrage le *compendium* de la Convention européenne des droits de l'Homme. Est-ce que vous comptez le mettre à jour régulièrement, au fur et à mesure des décisions de jurisprudence ?

Michele DE SALVIA

J'ai donné la mise à jour à mon éditeur avant-hier, à jour jusqu'en janvier 2000, et il y aura une version russe, une version anglaise également.

Pour la première partie de la question, je dois dire que la Cour ne contrôle pas le résultat, mais seulement la procédure. Et cela en vertu d'une vieille jurisprudence qui plonge ses racines dans les travaux préparatoires de la Convention en 49-50 où l'on dit clairement que le juge de Strasbourg ne pourra jamais contrôler ce que le juge a fait en partant de certains éléments de fait qui lui sont présentés dans le cadre de l'article 6. Il y a une jurisprudence constante que je peux lire, tirée de l'arrêt *Schenk* (Suisse) : aux termes de l'article 19, la Cour a pour tâche d'assurer le respect des engagements. Il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction, sauf si et dans la mesure où elle pourrait avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention. Voilà le point de départ.

La Cour de cassation et le procès équitable

Le contrôle de l'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation : l'affaire Dulaurans (21 mars 2000)

par

Vincent **DELAPORTE**
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

1. L'affaire *Dulaurans* n'est pas la première dans laquelle la CEDH s'en prend à la Cour de cassation française, mais c'est probablement celle qui a été le plus mal accueillie par notre Haute Juridiction qui a estimé franchies les bornes du tolérable.

Essayons d'analyser l'affaire objectivement. Je voudrais dire aussi avec clarté et précision. Ce ne sera pas facile car dans cette affaire tout est approximatif : l'argumentation à géométrie variable de la requérante aux différents stades de la procédure, la réponse donnée par les juges du fond puis par la Cour de cassation, et enfin l'arrêt de la Cour européenne. On a l'impression d'assister à un jeu de miroirs déformants, à un dialogue de sourds entre la requérante, les juridictions françaises et la Cour européenne, nul ne comprenant ce que soutenaient exactement les autres.

A l'origine, Mme Dulaurans a souhaité mettre en vente deux appartements qui lui appartenaient. Elle s'est adressée pour cela à un marchand de biens, M. Ben Naceur. Rappelons, pour les étudiants ici présents, que le marchand de biens achète et revend des immeubles en son propre nom et pour son propre compte et tire son bénéfice de la différence entre le prix d'achat et le prix de revente, alors que l'agent immobilier est un intermédiaire qui met en relation vendeurs et acheteurs et dont la rémunération consiste dans des honoraires appelés "*commission*" à la charge de la partie qui l'a mandaté. Par conséquent, quand M. Ben Naceur qui affiche la profession de marchand de biens, reçoit le pouvoir de vendre deux immeubles, il n'agit pas en tant que marchand de biens mais en tant qu'intermédiaire, chargé de trouver une personne intéressée par l'achat des immeubles de Mme Dulaurans, pour le prix demandé par celle-ci, qui était en l'espèce de 20 millions pour l'ensemble des deux immeubles. M. Ben Naceur trouva un acquéreur et Mme Dulaurans substitua à la procuration du 15 novembre 1991, qui semblait être globale pour les deux immeubles, deux nouvelles procurations en date du 25 novembre 1991 et qui portaient le prix à 20 millions de francs pour le premier immeuble et à 2 millions de francs pour le second immeuble. Fort de ces nouvelles procurations, M. Ben Naceur poursuivit les négociations avec l'acquéreur et un accord ferme semble être intervenu le 27 novembre 1991.

L'affaire n'en resta pas là car Mme Dulaurans avait de son côté cherché elle aussi un acquéreur et elle en avait trouvé un lui proposant un prix supérieur à celui qui était indiqué dans la procuration du 25 novembre.

Elle adressa donc une lettre recommandée à M. Ben Naceur pour lui notifier la révocation des mandats du 25 novembre.

A quoi M. Ben Naceur répondit qu'il avait déjà consenti deux promesses de vente qui engageaient bien évidemment sa mandante.

Il faut croire que l'offre présentée par l'acquéreur trouvé directement par Mme Dulaurans était bien alléchante car celle-ci a voulu se dégager des engagements pris en son nom par M. Ben Naceur. Pour faire renoncer les acquéreurs bénéficiaires des promesses de vente consenties par M. Ben Naceur, elle leur versa des indemnités de dédit : 900.000 francs à l'un et 350.000 francs à l'autre.

Il restait cependant à désintéresser M. Ben Naceur qui avait accompli son mandat : Mme Dulaurans passa donc avec lui une transaction dans laquelle elle s'engageait à lui verser une indemnité forfaitaire de 500.000 francs.

Indemnité qu'elle a refusé de payer et c'est ce qui a valu à la Cour de cassation d'être montrée du doigt par la Cour européenne.

2. Bien entendu, M. Ben Naceur a saisi les tribunaux pour contraindre Mme Dulaurans à payer cette indemnité transactionnelle de 500.000 francs. Pour s'opposer à ce paiement, Mme Dulaurans a fait valoir que le mandat donné à M. Ben Naceur était frappé de nullité en raison du non respect par ce dernier des conditions d'exercice de l'activité

d'agent immobilier, résultant de la loi du 2 janvier 1970. Bien que les arrêts ne donnent pas de précision à ce sujet, on peut présumer que l'irrégularité de la situation de M. Ben Naceur tenait au défaut de délivrance de la carte professionnelle normalement délivrée par le préfet et dont doit justifier toute personne prêtant son concours "*de manière habituelle*" aux opérations portant sur les biens d'autrui (art. 1^{er} et 3 de la loi). Selon la jurisprudence, deux mandats suffisent à caractériser la condition d'habitude exigée par la loi. Ainsi Mme Dulaurans soutenait qu'à défaut de carte professionnelle, M. Ben Naceur n'exerçait pas régulièrement la profession d'agent immobilier et ne pouvait avoir droit à aucune rémunération. Les procurations données étaient donc nulles et la transaction intervenue sur ces procurations nulles était elle-même nulle.

Mme Dulaurans invoquait également la nullité de la transaction pour dol et violence morale. Mais je laisse de côté cet aspect du litige qui n'a aucune incidence dans notre affaire, puisque ce moyen a été abandonné devant la Cour de cassation.

A ce stade de l'affaire, on voit déjà que la bonne foi et le respect de la parole donnée ne semblent pas du côté de Mme Dulaurans, qui n'a pas contesté la réalité du mandat de vente, puisqu'elle a réglé sans contestation un dédit aux deux acquéreurs trouvés par son mandataire. Et le moyen développé sur l'habitude à l'égard de M. Ben Naceur relève davantage de la chicane que du bon sens. Mme Dulaurans avait en effet d'abord donné à M. Ben Naceur le 15 octobre 1991 un seul mandat portant sur deux immeubles. Ce mandat unique ne caractérisait pas l'habitude ; mais il avait été remplacé par deux mandats, un pour chaque immeuble, le 25 novembre 1991. Et Mme Dulaurans prétendait déduire de cette division de pure forme la pluralité des mandats et par voie de conséquence l'habitude qui aurait rendu nul son engagement de payer 500.000 francs.

Sans doute agacé d'avoir à répondre à une telle argutie, le Tribunal de grande instance de Nanterre condamna Mme Dulaurans à payer à M. Ben Naceur la somme de 500.000 francs. Si l'on en croit l'arrêt de la Cour européenne, le tribunal n'a pas répondu au moyen tiré par la requérante de la nullité de la transaction sur le fondement de la loi du 2 janvier 1970.

3. Pour ma part, je pense que la contestation de Mme Dulaurans était un pur artifice. D'abord parce qu'elle avait à l'origine donné un seul mandat, dont la division ultérieure en deux mandats différents pour chacun des immeubles ne caractérisait pas une habitude, d'autre part et surtout parce que M. Ben Naceur ne réclamait pas la rémunération prévue dans ses mandats mais celle qui avait été prévue par une transaction qui, au terme de l'article 2052 du Code civil, avait autorité de la chose jugée en dernier ressort entre les parties. Et c'était en vain que Mme Dulaurans prétendait que cette transaction était nulle pour avoir été passée en exécution d'un titre nul (art. 2054), car la prétendue ignorance de la nullité du titre ne pouvait résulter que d'une erreur de droit. Mme Dulaurans avait connaissance de tous les éléments de fait qui auraient pu justifier selon elle la nullité des mandats. Par conséquent, si, en connaissance de ces éléments de fait, elle ignorait la nullité des mandats, ce ne pouvait être que par une erreur de droit qui lui interdisait de demander la nullité de la transaction.

Mais ce n'est pas cela qui a été répondu à Mme Dulaurans.

4. Celle-ci a donc interjeté appel. Et devant la Cour, elle a affiné son argumentation en faisant allusion non plus aux seuls mandats des 15 octobre et 25 novembre 1991, mais également à d'autres interventions faites par M. Ben Naceur pour l'acquisition de divers biens immobiliers pour un montant total de 5 millions de francs (opération concrétisée par un acte du 14 octobre 1991).

Par conséquent, M. Ben Naceur serait également intervenu antérieurement, on ne sait trop sous quelque forme, dans le cadre d'une opération concrétisée par un acte du 14 octobre 1991. Ce dernier acte est-il l'acte de vente (entre vendeur et acquéreur) ou le mandat donné à M. Ben Naceur ? On n'en sait rien. Et même si l'on s'en tient à l'arrêt de la Cour, on ignore tout de la nature de l'intervention à laquelle font allusion les conclusions d'appel de Mme Dulaurans.

C'est en cet état que la Cour d'appel de Versailles a confirmé le jugement attaqué en affirmant de façon sans doute un peu lapidaire "qu'en sa qualité de marchand de biens ne se livrant pas d'une manière habituelle aux opérations visées à l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1970, M. Ben Naceur ne tombe pas sous le coup de cette loi".

5. Mme Dulaurans s'est pourvue en cassation. Elle reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande en nullité de la transaction par le motif que M. Ben Naceur en sa qualité de marchand de biens ne se livrait pas d'une manière habituelle aux opérations visées par la loi du 2 janvier 1970, " alors que ... les obligations (édictees par la loi du 2 janvier 1970) étant sanctionnées pénalement, l'élément d'habitude est constitué dès la première réitération de leur transgression ; qu'ainsi il importait peu que M. Ben Naceur eût exercé, fût-ce à titre principal, une autre activité de marchand de biens dès lors que la constatation de la pluralité de mandats relatifs à des opérations bien distinctes caractérisait l'accomplissement d'une manière habituelle d'opérations portant sur les biens d'autrui (violation des articles 2054 du Code civil et 1^{er} et 7 de la loi du 2 janvier 1970)".

Rejet du pourvoi par le motif suivant :

" Mme Dulaurans qui initialement le 15 octobre 1991, avait consenti un pouvoir pour vendre les deux immeubles en stipulant un prix minimum de l'ensemble n'a pas soutenu dans ses conclusions que M. Ben Naceur, d'une manière habituelle, se livrait ou prêtait son concours aux opérations prévues par la loi du 2 janvier 1970 ; qu'elle n'est pas recevable à le faire pour la première fois devant la Cour de cassation".

6. Mme Dulaurans n'en est pas restée là et a donc saisi la Cour européenne qui, par un arrêt du 21 mars 2000, a censuré la France, et donc la Cour de cassation, par une motivation bien peu convaincante :

"La requérante n'a pas cessé, dès le début de la procédure litigieuse, de prétendre que son adversaire était soumis aux dispositions de la loi de 1970. Tant en première instance qu'en cassation, elle a clairement affirmé que le caractère habituel de la mission confiée à son adversaire résultait des deux mandats qui lui avaient été donnés le 25 novembre 1991 en vue de vendre deux immeubles. S'il est vrai que devant la cour d'appel, la requérante souligna que son adversaire était déjà intervenu auprès d'elle à l'occasion d'une précédente vente, sans se référer expressément aux deux mandats litigieux, la Cour estime néanmoins qu'on ne saurait parler en l'espèce de deux raisonnements distincts. En indiquant que son adversaire était déjà intervenu auprès d'elle, la requérante ne pouvait que faire allusion (*sic*) aux deux mandats à l'épicentre du litige, auxquels elle s'était déjà référée devant le tribunal de première instance et auxquels elle se référa par la suite devant la Cour de cassation ... » (arrêt, § 36).

Il reste à apprécier cette solution.

7. Préalablement, je voudrais mettre l'arrêt de la Cour à l'abri d'une des principales critiques qui lui ont été adressées, et sans doute la plus fondamentale, celle de s'être arrogée un pouvoir de contrôle sur le caractère de nouveauté d'un moyen retenu par la Cour de cassation. Selon certains, la Cour aurait commis là un véritable excès de pouvoir, car son rôle se limiterait à sanctionner la violation directe de la convention, mais non la violation indirecte qui résulterait d'une simple mauvaise appréciation des faits de la cause. Cette critique part de l'idée qu'il y aurait un partage des compétences ou du moins des pouvoirs entre les autorités nationales et la Cour européenne : lorsque la violation alléguée des droits définis par la convention consisterait dans une mauvaise application des règles du droit national, les autorités nationales seraient souveraines pour apprécier les éléments de fait dont dépendent ces règles nationales. Autrement dit, il y aurait, entre les autorités nationales, donc la Cour de cassation, et la Cour européenne un partage analogue à celui qui existe entre la Cour de cassation et les juges du fond. Ces derniers apprécient souverainement les éléments de fait et la Cour de cassation se borne à vérifier s'ils ont tiré les conséquences juridiques appropriées des éléments de fait qu'ils ont constatés. Ce serait la même chose entre la Cour de cassation et la Cour européenne. La Cour européenne aurait le pouvoir de dire abstraitement si l'irrecevabilité d'un moyen nouveau devant la Cour de cassation est contraire ou conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la convention ; et on sait qu'elle a reconnu la conformité de cette règle (CEDH, 29 août 2000, req. 40-490/98, Jahnke et Lenoble, JCP. 2000 II n° 10435, note Perdriau). Mais ce point étant acquis, la Cour de cassation serait souveraine pour décider si un moyen est ou non nouveau.

Cette thèse ne paraît pas admissible car, selon une formule constante de la Cour, la convention ne garantit pas des droits abstraits et théoriques, mais des droits effectifs et concrets. La Cour, à peine de rendre son contrôle de pure forme, ne peut donc s'en tenir à un contrôle abstrait et théorique des violations directes de la convention. Elle doit rechercher et elle recherche effectivement si, même en l'absence d'une violation ouverte de la convention, les autorités nationales n'ont pas dissimulé une violation indirecte et larvée sous une appréciation erronée des faits.

On ne peut donc pas reprocher à la Cour européenne, dans son arrêt du 21 mars 2000, de ne pas s'être arrêtée à l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle le moyen était nouveau et d'avoir recherché elle-même si tel était le cas.

On doit du reste signaler, à juste titre, que dans une précédente affaire qui n'avait pas suscité tant d'émotion, la Commission avait constaté la violation de l'article 6 § 1 par un arrêt de la Cour de cassation qui avait déclaré irrecevable un moyen comme contraire à l'argumentation soutenue devant les juges du fond, alors que c'était la même thèse qui avait été soutenue tant en appel que devant la Cour de cassation (aff. Fouquet, rapport de la commission, 12 oct. 1994, req. n° 20.398/92).

Cela étant, la Cour doit exercer ce contrôle avec prudence et modération, car un contrôle trop poussé conduirait à deux conséquences inadmissibles :

-D'une part, si la Cour voyait une violation de l'article 6 chaque fois qu'une règle de droit national a été mal appliquée à ses yeux, autant dire que le droit substantiel serait incorporé dans le droit au procès équitable. Le droit au procès équitable impliquerait non seulement le respect formel de la procédure, mais encore le respect des règles substantielles. L'article 6 § 1 absorberait non seulement la procédure, mais également la totalité du droit substantiel.

-Cette extension du domaine de l'article 6 entraînerait par voie de conséquence une extension du champ d'intervention de la Cour qui, par le biais du contrôle de l'article 6, serait transformée en cours de révision de l'ensemble des juridictions nationales.

Il est évidemment impossible d'aller jusque là et c'est pourquoi l'équilibre me paraît être dans la notion d'erreur manifeste d'appréciation. Pour que le procès soit équitable et non pas une simple parodie, le juge doit appliquer les règles de droit, et les juridictions nationales disposent d'une grande marge de manœuvre dans l'interprétation et l'application de leur droit national, sous la seule réserve d'erreur manifeste qui rendrait l'accès au juge illusoire.

Tels étant les principes, il me semble que dans la présente affaire *Dulaurans*, c'est la Cour européenne et non la Cour de cassation qui a commis une erreur manifeste.

La Cour en effet ignore purement et simplement une règle évidente et parfaitement connue de tous les praticiens, à tel point que nul ne peut être choqué de ce que la Cour de cassation ne la rappelle pas à l'occasion de chaque affaire ; en outre, elle oublie de définir la notion qui était à la base même de sa décision, c'est-à-dire la notion de moyen.

8. La règle connue de tous les praticiens est énoncée expressément à l'article 954 du nouveau Code de procédure civile :

" Les conclusions doivent formuler expressément les prétentions de la partie et les moyens sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée ... la partie qui conclut à l'infirmité du jugement doit expressément énoncer les moyens qu'elle invoque sans pouvoir procéder par voie de référence à ses conclusions de première instance ...".

Personne ne pourrait se déclarer choqué d'une telle règle qui n'est que l'expression du bon sens : c'est aux parties qu'il incombe d'indiquer aux juges ce qu'elles demandent et pourquoi elles le demandent, et l'interdiction de se référer aux écritures de première instance est strictement conforme à l'analyse de l'appel comme voie d'achèvement : puisque l'appel permet d'achever le procès, il est logique d'imposer à l'appelant de repenser et de reconstruire son argumentation pour tenir compte des objections qui lui ont été faites par les premiers juges.

Par voie de conséquence, la nouveauté d'un moyen, devant la Cour de cassation, s'apprécie exclusivement par référence aux conclusions d'appel. Puisque la cour d'appel n'a pas à se référer aux conclusions de première instance qui sont réputées abandonnées, la Cour de cassation ne peut pas elle non plus apprécier la recevabilité du moyen par référence à ces conclusions.

Un plaideur est assez mal venu de reprocher au juge de n'avoir pas répondu à des conclusions dont il ne l'avait pas saisi.

La Cour ne pouvait donc apprécier la nouveauté du moyen soutenu devant la Cour de cassation en se référant aux conclusions de première instance.

9. Ensuite, la Cour européenne aurait pu s'arrêter quelques instants à la définition du moyen. Cette notion s'applique au raisonnement qui justifie la prétention d'un plaideur. Un moyen comporte donc :

- l'énoncé d'une règle de droit ;
- l'énoncé des faits pertinents au regard de cette règle de droit ;
- les conséquences que la règle de droit attache aux faits ainsi énoncés.

Ces trois éléments doivent être présentés ensemble et dans un raisonnement construit. Le degré de précision de chaque élément varie selon les circonstances. Ainsi, lorsque la règle de droit consiste dans la force obligatoire du contrat, il n'est pas besoin d'en faire un exposé abstrait ; il suffit de rappeler le contrat et les conséquences que la partie y attache. Quant aux éléments de fait pertinents, ils doivent être énoncés de manière suffisamment précise et dans tous les cas ils doivent être assortis d'une offre de preuve. L'allégation de faits vagues, imprécis, non prouvés, ne permet pas au juge de procéder à la qualification au regard de la règle de droit invoquée.

En l'espèce, les conclusions de Mme Dulaurans devant la cour d'appel, telles du moins qu'elles sont rappelées par l'arrêt de la Cour européenne, étaient totalement inconsistantes. Sans doute, Mme Dulaurans avait-elle bien invoqué la nullité des mandats en application de la loi du 2 juillet 1970, en raison de ce que son adversaire se livrait à des opérations d'intermédiaire d'une manière habituelle, et l'on peut regretter que la Cour de cassation ait déclaré le contraire un peu brusquement.

Cela étant, l'arrêt de la Cour de cassation peut se comprendre sans grand effort : les conclusions d'appel de Mme Dulaurans invoquaient bien l'habitude, mais sans préciser en quoi cette habitude était caractérisée.

La Cour européenne reconnaît elle-même que "devant la cour d'appel, la requérante soulignait que son adversaire était déjà intervenu auprès d'elle à l'occasion d'une précédente vente, sans se référer expressément aux deux mandats litigieux". Autrement dit, Mme Dulaurans invoquait l'habitude mais ne visait qu'un seul mandat ; et encore, il faut être indulgent pour dire qu'elle invoquait un mandat puisqu'elle se bornait à dire que M. Ben Naceur était intervenu précédemment, sans même préciser la forme, les modalités et la nature de cette intervention. On ne sait donc rien sur le rôle joué par M. Ben Naceur dans une précédente transaction. Cela ne pouvait en aucune façon caractériser l'habitude.

Pour le surplus, les deux mandats à la base du litige, du 25 novembre 1991, ne faisaient l'objet que d'une allusion, comme le déclare la Cour européenne elle-même (§ 36). Une allusion ne constitue pas un moyen. Les exigences du procès équitable n'obligent pas le juge à répondre à des allégations vagues et imprécises exprimées en termes allusifs.

Mais, l'arrêt *Dulaurans* paraît sans lendemain.

10. Dans son arrêt déjà cité du 29 août 2000, la Cour européenne a rejeté un grief identique à celui de l'affaire *Dulaurans* en se référant à une définition plus exacte de la notion de moyen.

Elle a rappelé que l'irrecevabilité d'un moyen nouveau devant la Cour de cassation n'était pas contraire au droit à un procès équitable, ce dont personne n'a jamais douté. Mais surtout, la Cour européenne se réfère à une notion stricte de moyen pour conclure que la Cour de cassation n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en retenant la nouveauté. La Cour tient également à souligner "que pour l'accomplissement de leur tâche, les tribunaux doivent obtenir la coopération des parties qui, dans la mesure du possible, sont tenues d'exposer leurs prétentions de manière claire, non ambiguë et raisonnablement structurée".

On peut considérer dans ces conditions l'arrêt *Dulaurans* comme un accident corrigé par l'arrêt du 29 août 2000.

11. Pour terminer, je voudrais signaler une jurisprudence qui, si elle est prise à la lettre, devrait mettre les juridictions nationales, de première instance, d'appel ou de cassation à l'abri de toute critique de la Cour européenne. Vous savez en effet que les arrêts de la Cour de cassation comportent trois types de motivation, la motivation normale qui est celle des arrêts généralement publiés, la motivation abrégée qui répond de façon brève et précise aux griefs du pourvoi, et enfin la motivation excessivement brève ou "*tampon*", qui rejette le pourvoi par une formule stéréotypée sans la moindre référence concrète à l'argumentation du demandeur. Cette formule est la suivante :

" Attendu que le pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours qui, selon l'article 604 du nouveau Code de procédure civile, tend à faire censurer par la Cour de cassation la non conformité de la décision qu'il attaque aux règles de droit ;

" Attendu que M. X a formé un pourvoi en cassation contre l'arrêt qui l'a débouté de sa demande tendant à ...

" Attendu que la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les éléments de fait du litige, a tranché celui-ci conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; d'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis".

Une partie dont le pourvoi avait été rejeté par une telle formule a saisi la Cour européenne en invoquant l'article 6 § 1 de la convention, en raison de ce que l'arrêt ne répondait pas aux moyens présentés devant elle. La Cour européenne a déclaré la requête irrecevable par une motivation encore plus brève, s'il est possible. Cette motivation est ainsi formulée :

" La Cour rappelle que si l'article 6 § 1 oblige les juges à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument" (voir notamment l'arrêt *Garcia Ruiz c/ Espagne* du 21 janvier 1999 ...). Elle constate que l'arrêt litigieux fait référence aux quatre moyens développés par la requérante, lesquels y sont de surcroît annexés. Elle relève par ailleurs qu'il ressort clairement de l'arrêt que lesdits moyens ont été rejetés au motif qu'ils soulevaient des questions de fait et non de droit et que la Cour de cassation ne pouvait donc en connaître. Partant la requête est manifestement mal fondée et doit être rejetée en application de l'article 35 § 3 et 4 de la convention" (CEDH, 20 juin 2000, req. n° 47.592/99, *Nisse*).

Autrement dit, un arrêt est suffisamment motivé par le simple visa (sans résumé) des moyens, leur agrafage en annexe de l'arrêt et la déclaration qu'ils sont mal fondés. Si, dans l'affaire *Dulaurans*, la Cour de cassation s'en était tenue à la formule tampon précitée, sans faire aucun effort de motivation, elle se serait mise à l'abri de tout risque de censure. C'est dire que la jurisprudence de la Cour européenne quant au degré de motivation exigé des juridictions nationales n'est pas toujours d'une parfaite lisibilité.

**Le retrait du rôle et l'accès effectif à la Haute Juridiction :
l'affaire Annoni di Gussola et Desbordes et Omer
(14 novembre 2000)**

par

Michèle DUBROCARD
Sous-directrice des droits de l'Homme
à la Direction des affaires juridiques
du ministère des Affaires étrangères

Les affaires *Annoni di Gussola* d'une part et *Desbordes et Omer* d'autre part ont donné à la Cour européenne des droits de l'Homme une nouvelle occasion de connaître des modalités d'examen des pourvois par la Cour de cassation en matière civile. Cette fois-ci toutefois, à la différence de l'affaire *Dulaurans*, ce n'est plus le droit des requérants à un procès équitable qui était en cause mais, de façon encore plus radicale, leur droit d'accès à la juridiction suprême.

Les faits à l'origine des deux affaires, qui ont été jugées dans un seul arrêt, sont simples. Dans les deux cas, l'objet du litige concernait l'achat à crédit, par les requérants, d'un véhicule. Mais au bout de quelques mois, ils ne parvenaient plus à s'acquitter de leurs échéances, et l'établissement financier qui avait accordé le crédit s'est prévalu de la déchéance du terme conformément à la clause résolutoire stipulée au contrat de prêt. C'est dans ce cadre qu'il a été procédé à la vente aux enchères publiques des véhicules, non pas à l'initiative des requérants, mais à celle de leur créancier, qui a ensuite demandé en justice le remboursement du capital restant dû, ainsi que les intérêts non réglés, cette somme devant elle-même produire des intérêts au taux contractuel.

Les requérants ont été condamnés en appel. M. Annoni di Gussola a été condamné par la cour d'appel de Lyon le 31 mai 1995 à payer à la banque 90 371 francs avec intérêts au taux conventionnel depuis le mois de février 1992, ainsi que la somme de 3000 francs au titre de l'indemnité légale. Les époux Desbordes et Omer ont été quant à eux condamnés par la cour d'appel d'Amiens, le 11 octobre 1994, à payer 38669 francs avec intérêts à compter du 20 septembre 1993.

Les requérants ont alors formé un pourvoi en cassation contre les décisions les concernant. Mais, dans ces deux affaires, le premier président de la Cour de cassation a fait application des dispositions de l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile. Il a donc, à la demande des défendeurs, retiré du rôle de la Cour de cassation les pourvois formés par M. Annoni di Gussola et les époux Desbordes et Omer, après avoir constaté que ceux-ci n'avaient pas justifié avoir exécuté les décisions attaquées.

La Cour européenne a ainsi été conduite, à l'occasion de l'examen de ces deux affaires, à se prononcer sur la conformité du mécanisme prévu par l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile aux exigences résultant de l'article 6 de la Convention.

Cette question, à vrai dire, avait déjà été examinée par la Commission européenne des droits de l'Homme, qui avait alors conclu à la compatibilité du mécanisme avec les dispositions pertinentes de la Convention (voir *M. c/ France*, décision du 9 janvier 1995, D.R. 80-A, p.56, et Marc VENOT, rapport du 21 avril 1999).

- La première constatation à laquelle cet arrêt invite est la confirmation de la compatibilité du système avec les dispositions de la Convention. La Cour a en effet estimé que "les buts poursuivis par cette obligation d'exécution d'une décision, notamment assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond, désengorger le rôle de la Cour de cassation" étaient "légitimes"(voir par.50 de l'arrêt).

Sur ce point, les juges n'ont donc pas suivi les requérants, qui soutenaient que le système du retrait du rôle était condamnable dans son principe même.

Il convient toutefois d'observer que la Cour saisit cette occasion pour rappeler la nécessité pour la juridiction suprême de réfléchir aux moyens d'accélérer le traitement des procédures : la Cour "note en effet qu'un tel système peut permettre, provisoirement de réduire l'encombrement du rôle de la haute juridiction, en attendant que les pourvois en

cassation soient examinés dans des délais conformes à l'exigence du "délai raisonnable" garanti par l'article 6 par.1 de la Convention".

La Cour semble également manifester quelques réserves, de façon assez étrange, sur le fait que seul le défendeur au pourvoi a la possibilité de solliciter le retrait du pourvoi du rôle, et elle évoque à ce titre, au paragraphe 52 de l'arrêt, "*le risque d'une certaine "privatisation" de la justice*". En d'autres termes, la Cour paraît regretter que le premier président de la Cour de cassation ne puisse pas ordonner d'office le retrait du rôle de la Cour des pourvois formés par des demandeurs n'ayant pas exécuté la décision attaquée. Or si une telle faculté lui était ouverte, le nombre de retraits prononcés chaque année pourrait être sensiblement plus important et la question de l'accès à la Cour de cassation en matière civile se poserait avec encore plus d'acuité.

Une fois confirmée la compatibilité du mécanisme, dans son principe, avec les dispositions de la Convention, la Cour s'est ensuite attachée à examiner si, en l'espèce, les décisions de radiation des pourvois des requérants n'avaient pas eu pour conséquence d'entraver de façon excessive leur droit d'accès à la Cour de cassation.

Il apparaît donc, et il s'agit là de la deuxième constatation qu'il convient de retenir, que la Cour se livre à un examen au cas par cas du caractère proportionné des mesures de radiation du rôle au regard des buts visés.

Dans le cas de M. Annoni di Gussola, comme dans celui des époux Desbordes et Omer, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 6 de la Convention. Elle a en effet considéré que "la disproportion entre les situations matérielles respectives des requérants et les sommes dues au titre des décisions frappées de pourvoi ressort à l'évidence" (par. 55 de l'arrêt). Pour en juger ainsi, la Cour a rappelé que M. Annoni di Gussola percevait le revenu minimum d'insertion (RMI) et que les ressources des époux Desbordes et Omer étaient inexistantes, ainsi que l'avait d'ailleurs constaté la décision du bureau d'aide juridictionnelle. Ces situations précaires auraient dû, selon la Cour, "*constituer une sorte de présomption simple*" des conséquences manifestement excessives que l'exécution des arrêts d'appel leur aurait causé (par. 55).

Ce constat de la Cour doit toutefois être confronté aux circonstances de l'espèce : ainsi que la Cour l'a elle-même relevé dans sa présentation des arguments du Gouvernement français, les requérants n'avaient pas porté à la connaissance du premier président l'ensemble des éléments permettant d'apprécier avec exactitude leur situation financière (par. 47 de l'arrêt, p. 12). En outre, les sommes qu'ils étaient initialement condamnés à payer n'étaient pas d'un montant excessif (respectivement 38669 francs s'agissant des époux Desbordes et Omer, et 90371 francs s'agissant de M. Annoni di Gussola).

Mais la Cour a attaché une grande importance à l'absence de motivation spécifique et le caractère identique des deux ordonnances de retrait du premier président. A n'en pas douter, ces éléments ont joué un rôle décisif dans l'appréciation portée par la Cour sur les deux affaires (par.57 de l'arrêt).

La Cour a également retenu, dans le cadre de l'examen de la requête présentée par les époux Desbordes et Omer, le caractère défendable de leur pourvoi, compte tenu du fait qu'ils avaient bénéficié de l'aide juridictionnelle. Toutefois, elle exprime clairement le caractère surabondant en l'espèce de ce critère, "*l'absence d'exécution possible des décisions attaquées et d'examen des "conséquences manifestement excessives" lui paraissant suffisantes*".

Enfin, la Cour a tenu à saluer la réforme introduite par le décret du 26 février 1999, qui prévoit que la décision de retrait du rôle est prise après "*observations*" des parties et non plus un simple "*avis*" de leur part ; cette modification du texte, relève bizarrement la Cour, "*semble aller dans le sens d'une plus grande prise en considération des intérêts de celles-ci*" (par. 57).

A la lecture de cet arrêt, il apparaît donc que la Cour européenne des droits de l'Homme a choisi de ne pas remettre en cause le principe même du mécanisme institué par l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile, mais qu'elle vérifie au cas par cas si son application n'a pas entraîné des conséquences excessives sur le droit d'accès du demandeur à la Cour de cassation.

Depuis l'arrêt *Annoni di Gussola et Desbordes et Omer*, la Cour a rendu plusieurs décisions concernant toutes l'application de l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile.

C'est ainsi que le 5 décembre dernier, elle a déclaré irrecevable une requête présentée par M. *Arvanitakis*, qui avait pourtant été condamné à payer une somme très importante, d'un montant de 1.600 000 francs. En l'occurrence, la Cour a notamment relevé que le requérant n'avait "*produit aucun certificat attestant de ses revenus*", et que les biens immobiliers lui appartenant, même grevés d'hypothèques, semblaient "*avoir une valeur vénale non négligeable*".

Compte tenu de ces éléments, la Cour a partagé l'avis du Gouvernement selon lequel "le requérant aurait pu faire une offre de paiement partiel, pour manifester sa bonne volonté et obtenir la réinscription de son affaire au rôle" (décision adoptée à l'unanimité).

En revanche, dans une décision rendue le même jour, la Cour a déclaré recevable la requête de M. *Jean-Claude Mortier*, qui aurait dû s'acquitter du paiement de la somme de 600 000 francs, et qui avait effectué un paiement partiel à hauteur de 100 000 francs.

Enfin, tout récemment, le 9 janvier 2001 très exactement, la Cour a rendu une nouvelle décision d'irrecevabilité sur une requête présentée par M. *O'Neil*. Celui-ci se plaignait du retrait du rôle de la Cour de cassation des deux pourvois qu'il avait formés, l'un contre un arrêt de la cour d'appel de Poitiers du 29 juin 1994 et l'autre contre un arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 novembre 1994. En exécution de ces deux arrêts, il avait été condamné à payer des sommes d'un montant très important, puisqu'il devait s'acquitter d'une part du paiement de 10 millions de francs, d'autre part de celui de 1 300 000 francs.

Or, dans cette affaire, tout en reconnaissant le montant "*indéniablement élevé des condamnations infligées au requérant*", la Cour a cependant estimé que celles-ci ne le dispensaient pas "*de manifester sa volonté d'exécution pour obtenir la réinscription de ses pourvois au rôle de la Cour de cassation*". Il convient en outre de noter que la Cour a pris soin de distinguer cette affaire de celles qui ont donné lieu à l'arrêt qui nous occupe aujourd'hui, en relevant que les décisions du premier président de la Cour de cassation étaient intervenues "*à la suite d'un examen attentif et complet de la situation du requérant*".

Conclusion

Si l'on ne peut que se réjouir de la position de la Cour quant à la compatibilité des dispositions de l'article 1009-1 du nouveau Code de procédure civile avec la Convention européenne des droits de l'Homme, il est cependant à craindre que son choix d'examiner chaque affaire en se livrant à un examen systématique des circonstances de l'espèce ne suscite un afflux de requêtes sur ce point, et ne la conduise parfois à des erreurs d'appréciation, en particulier dans l'hypothèse où les motivations des ordonnances de retrait ne lui paraîtraient pas suffisamment explicites.

A cet égard, il n'est pas indifférent de mentionner que le greffe de la Cour a communiqué en l'espace d'un mois quatre nouvelles requêtes concernant toutes des décisions de radiation des pourvois des requérants du rôle de la Cour de cassation (requêtes de *Mme Fabienne Bayle*, *M. Jean-Baptiste Pages*, *de la société SFIC* et *de M. Carabasse*).

A l'heure où la Cour européenne s'interroge sur les moyens de réduire le nombre de requêtes relatives aux durées de procédure, qui constituent un véritable contentieux de masse, il ne faudrait pas qu'elle suscite de nouveaux contentieux de nature purement procédurale et nécessitant également un examen des circonstances propres à chaque espèce.

Débats

Michèle DUBROCARD

La question qu'on peut se poser est : pourquoi le gouvernement français dans l'arrêt *Dulaurans* n'a pas demandé la saisine de la Grande Chambre. Il ne pouvait pas le faire car on était sous l'empire de l'ancienne procédure et donc l'arrêt a été définitif, malheureusement pour nous.

Michele DE SALVIA

Les arrêts *Dulaurans* et *Annoni di Gussola et Desbordes* qui ont été adoptés à l'unanimité, s'inscrivent dans un cadre un peu spécial car le premier (*Dulaurans*) en fait vise l'obligation de motivation, c'est un droit d'origine jurisprudentielle et également le droit d'accès au tribunal qui est aussi un droit de dérivation jurisprudentielle : la Cour dit très bien qu'il n'est pas absolu, mais qu'il peut souffrir certaines limitations. A travers ces deux arrêts, il faut relever aussi que la Cour est tiraillée : il faut rendre justice et une justice qui est individuelle parce que le système le veut ainsi. La Cour ne peut pas rendre des décisions dans l'abstrait, mais doit examiner seulement le fait concret. D'un autre côté, elle est liée aussi par sa jurisprudence qui constitue une incitation pour les Etats à simplifier le système judiciaire. La Cour dit clairement : l'article 6 de la Convention n'oblige pas les Etats à instituer des Cours d'appel ou de cassation, toutefois, si de telles juridictions sont instituées, la procédure qui s'y déroule doit présenter les garanties prévues à l'article 6. C'est un appel du pied aux Etats, la Cour l'avait déjà fait en matière de durée excessive de la procédure dans une affaire allemande il y a quinze ans : simplifier où cela est possible, sans toucher bien sûr à la substance du droit ; simplifier le système judiciaire et les choses pourront aller mieux.

Le champ d'application de l'article 6 CEDH en matière commerciale

Le cas du juge commissaire devant le tribunal de commerce : l'affaire Morel (6 juin 2000)

par

Marie-Laure NIBOYET
professeur à l'Université Paris X-Nanterre

L'attitude très « compréhensive » adoptée par la Cour européenne dans l'affaire *Morel* à l'égard du droit français des procédures collectives surprendra tous ceux qui, en France, s'apprêtaient déjà – à la faveur de la réforme en gestation du droit des entreprises en difficulté et de l'organisation des tribunaux de commerce – à modifier le droit interne pour le rendre conforme à ce qu'ils croyaient devoir se déduire des principes d'équité¹.

Dans la recherche d'un juste équilibre entre ces intérêts divers, je ne suis pas sûre qu'ici l'arbitrage rendu par la Cour européenne soit le plus judicieux.

L'affaire *Morel* est relative à une procédure de redressement judiciaire ayant débouché sur la liquidation judiciaire de cinq sociétés de travaux de construction. Dans cette affaire, le juge-commissaire, organe central des procédures collectives françaises, était mis sur la sellette pour violation d'une part, du principe de l'égalité des armes, par suite du défaut de communication de son rapport au gérant des sociétés, et d'autre part, du principe d'impartialité du fait de la présence de celui-ci dans la formation de jugement du tribunal appelé à statuer sur le plan de redressement, présenté par l'administrateur, alors qu'il avait participé activement à la phase d'observation.

Les griefs dénoncés par le requérant à Strasbourg reprenaient exactement les moyens qui avaient été rejetés en 1996 par la Cour de cassation² et ils ont été pareillement écartés par la Cour européenne. Il me semble néanmoins que la motivation extrêmement circonstanciée de cet arrêt n'autorise pas à en déduire la délivrance par la Cour de Strasbourg d'un blanc-seing conféré à certaines pratiques de nos tribunaux de commerce. L'arrêt *Morel* me paraît devoir être classé parmi les arrêts d'espèce.

I • Sur l'absence de violation du principe d'égalité des armes

La difficulté provient de l'éparpillement des textes énumérant les cas dans lesquels le rapport préalable du juge commissaire est obligatoire et de leur silence sur la forme que doit prendre ce rapport. Le plus grand flou règne en effet sur la façon dont ce rapport est présenté en pratique : par écrit et, en principe communiqué aux parties ; par oral à l'audience et donc soumis à la critique des parties ; ou encore, en cours de délibéré et couvert alors par le secret du délibéré.

Ainsi notamment, ce rapport constitue-t-il une formalité substantielle, à défaut de laquelle le jugement serait nul, en vertu de l'article 36 de la loi (aujourd'hui art. L.621-27) en cas de saisine du tribunal (quelle que soit d'ailleurs la personne qualifiée pour exercer cette saisine, contrairement à la présentation proposée par le gouvernement dans cette affaire) en cours de période d'observation afin de mettre un terme à celle-ci et d'ordonner la cessation totale ou partielle d'activité, ou, selon l'article 145 (art. L. 621-141), lorsque le plan de redressement est présenté par le débiteur dans la procédure simplifiée dépourvue d'administrateur ; et il est même précisé que le juge-commissaire doit émettre alors un avis motivé. En revanche, dans la procédure générale au cours de laquelle le plan est présenté par l'administrateur — comme en l'espèce —, l'article 61 de la loi (devenu art. 691-62) ne prévoit pas le rapport préalable du juge-commissaire tandis que le décret en fait une obligation générale (art. 24), dès lors que le tribunal statue sur les contestations nées du redressement ou de la liquidation judiciaire.

Des avocats rompus aux audiences des tribunaux de commerce m'ont confié qu'ils n'avaient jamais entendu à l'audience de rapport du juge-commissaire et encore moins obtenu communication d'un rapport écrit, y compris lorsque ce rapport est obligatoire et constitue donc une formalité substantielle. Certes, il ne faut pas généraliser mais c'est, sans doute, le signe d'un usage assez répandu.

¹ Cf. Les intentions de réforme des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, C. SAINT-ALARY, P.A. du 6 sept. 2000.

² B.IV, N. 23 et l'article de M. VALLENS, "Droit de la faillite et droits de l'Homme, la loi sur le redressement judiciaire et la CEDH", *RTDH*, 1997, p. 567.

De fait, la jurisprudence considère que ce rapport n'est soumis à aucune condition de forme, et peut donc, dans tous les cas, être présenté oralement. Le jugement doit seulement mentionner l'accomplissement de cette formalité, sans être toutefois tenu de préciser en quelle forme le rapport a été fait.

On peut donc trouver assez stérile l'argumentation développée par le requérant, à partir du visa de l'article 36 et de la mention d'un "rapport" du juge-commissaire dans le jugement, pour soutenir que ce rapport avait dû être écrit et qu'il avait donc été tenu secret, aucune communication ne lui en ayant été faite. Autrement dit, son argumentation était la suivante : puisque le rapport était établi en application de l'article 36 (parce que le tribunal a statué sur la liquidation de l'entreprise), il était nécessairement obligatoire et écrit. Son défaut de communication constituait donc une violation du principe de l'égalité des armes. Et le requérant d'invoquer la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui veille au respect du principe selon lequel toute pièce ou observation présentée au tribunal, même par un magistrat indépendant, doit être communiquée aux parties, principe qui avait été commenté ici, il y a deux ans, à propos de la présentation de l'affaire *Reinhardt et Slimane-Kaïd*, par mon collègue François-Guilhem BERTRAND¹, et qui devrait s'appliquer au rapport du juge-commissaire, du moins si ce rapport est obligatoire.

Mais c'est là que le bât blessait. Le moyen était doublement inexact.

Inexact d'abord, parce que la référence à l'article 36 dans les mentions du jugement provenait d'une erreur de plume, la procédure à suivre en l'occurrence étant celle de l'article 61 qui n'impose pas de rapport préalable. Du moins, c'est ce qu'a soutenu le gouvernement français dans cette affaire et c'est ce qu'a paru admettre à l'audience le requérant. La Cour a constaté en conséquence que cette argumentation qui ne reposait que sur des mentions erronées s'effondrait dès lors que l'erreur était constatée et reconnue par les parties.

Mais de toute façon, le moyen était juridiquement inopérant puisqu'en tout état de cause le rapport pouvait avoir été présenté oralement, quel que soit le fondement textuel de la production de celui-ci. Si donc le rapport du juge-commissaire avait été présenté oralement, la communication s'était faite à l'audience, comme l'avait admis la Cour de cassation en 1996. Et si le rapport n'avait pris la forme que d'observations orales lors du délibéré, il pouvait être assimilé à l'avis sur le mérite du pourvoi émis par le conseiller-rapporteur devant la Cour de cassation, avis que la Cour européenne a effectivement jugé couvert par le secret du délibéré dans l'affaire *Reinhardt* précitée.

On reconnaîtra toutefois que ces zones d'ombre du droit français, et notamment l'absence de tout contrôle réel sur le respect de l'obligation faite au juge-commissaire de présenter un rapport préalable, autorisent des pratiques qui malmènent, quelque peu, les droits de la défense. Il est dommage que cette vraie question ait été escamotée dans la discussion devant la Cour au motif d'un acquiescement, du reste par la suite contesté², du requérant à la thèse du gouvernement.

Il serait donc utile de clarifier les règles en la matière en exigeant à tout le moins que les juges précisent en quelle forme le rapport a été présenté afin de permettre le contrôle de ces principes. Par ailleurs, l'assimilation entre le juge-commissaire, personnage omnipotent de la procédure depuis son origine, au conseiller-rapporteur devant la Cour de cassation est très contestable. Quand le rapport est obligatoire et oral, il devrait nécessairement être soumis d'une façon ou d'une autre à la critique des parties. Enfin, l'exigence même de ce rapport n'est pas indifférente à l'appréciation que l'on peut porter sur le deuxième grief articulé par le requérant.

II • Sur l'absence d'atteinte au principe d'impartialité

Après avoir, en vain, tenté de convaincre la Cour de la partialité personnelle du juge-commissaire à son encontre, le requérant contestait ensuite l'impartialité objective de celui qui avait siégé dans la formation de jugement alors qu'il disposait de pouvoirs très étendus dans la phase d'observation des sociétés. C'était la question essentielle soulevée par cette affaire.

Le juge-commissaire, qualifié par les auteurs de "pivot", "d'homme-orchestre", de "personnage central de la procédure", détient de larges pouvoirs qui lui permettent de porter de multiples casquettes :

- un pouvoir général de surveillance du bon déroulement de la procédure et des organes de celle-ci, dont il peut proposer le remplacement
- une compétence de juge d'appui pour prendre des mesures urgentes ou conservatoires
- une compétence de juridiction gracieuse pour autoriser des actes graves tels les licenciements ou des actes de disposition étrangers à la gestion courante
- une compétence pleinement juridictionnelle pour statuer sur l'admission des créances au passif de l'entreprise.

¹ Arrêt *REINHARDT ET SLIMANE-KAÏD C/ FRANCE* du 31 mars 1998, *Cahiers du CREDHO*, n° 5 ; voir aussi l'arrêt *NIDERÖST-HUBER C/ SUISSE* du 27 janvier 1997.

² M. MOREL a formé par la suite une demande de renvoi devant la Grande Chambre.

Tous ces pouvoirs lui procurent indéniablement une connaissance approfondie du fonctionnement des sociétés en cause et du déroulement de la procédure. Il est doté d'ailleurs de larges pouvoirs d'information auprès de multiples organismes pour connaître la situation économique et financière de l'entreprise.

Or, le principe d'impartialité n'impose-t-il pas une séparation des fonctions d'instruction et de jugement (arrêt *Cubber c/ Belgique* du 2 oct. 1984) comme de celles de poursuite et de jugement (arrêt *Piersack c/ Belgique* du 1^{er} oct. 1982), afin qu'à chaque étape distincte de la procédure un œil neuf intervienne et que soient ainsi préservées — selon la formule consacrée — les apparences et la confiance que les tribunaux doivent inspirer aux justiciables ?

On connaît l'adage si souvent rappelé par la Cour : «*Justice must not only be done, it must be seen to be done*».

A cet égard, la Cour concède que la présidence du tribunal par le juge-commissaire pouvait susciter des doutes chez le requérant mais l'analyse minutieuse des circonstances de l'affaire l'a conduite à conclure que ces doutes n'étaient pas en l'espèce objectivement justifiés.

Il faut souligner la motivation extrêmement circonstanciée de l'arrêt *Morel* qui suit une méthode déjà bien éprouvée par la Cour de Strasbourg mais qui rend très délicate l'appréciation de la portée de cette décision, y compris dans le domaine très spécifique du rôle du juge commissaire.

A • Une méthode d'appréciation déjà éprouvée

Comme la Cour l'a rappelé, il faut se départir de tout dogmatisme et de tout *a priori*. La formule clé est donnée au paragraphe 45 : «*la réponse à cette question varie suivant 'les circonstances de la cause'*».

D'emblée sont ainsi balayés tous les précédents invoqués par le requérants et rendus dans d'autres domaines, y compris sur d'autres aspects des procédures collectives : les arrêts de la Cour de cassation de 1999 interdisant la présence du rapporteur à la COB ou au Conseil de la concurrence pendant le délibéré¹ ; les arrêts de 92 et 93 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation² interdisant, dans le cadre de la procédure de saisine d'office aux fins de poursuite en faillite personnelle du dirigeant, d'exprimer dans la convocation une opinion personnelle, à l'encontre de la personne visée, susceptible de constituer un risque de préjugé ou de parti pris ; ou encore un arrêt de la Cour de Grenoble de 1997³ ayant reproché à un magistrat d'avoir siégé comme président et juge-commissaire dans les instances ayant prononcé le redressement judiciaire puis la liquidation judiciaire d'une société et ensuite d'avoir présidé le tribunal qui avait prononcé la mise en faillite personnelle du dirigeant.

Ainsi, la Cour s'abstient-elle de tout jugement sur notre jurisprudence nationale en la matière. On ne peut donc en induire ni désaveu ni approbation de cette jurisprudence. Les circonstances sont simplement différentes du cas jugé. Le contexte fortement teinté de coloration pénale de ces jurisprudences est effectivement différent de celui – purement économique – de l'affaire *Morel*.

De même sont indifférentes, aux yeux de la Cour, les circonstances suivantes :

- le simple fait d'avoir pris des décisions avant le jugement sur le fond ne constitue pas en soi une atteinte à l'impartialité objective. Un magistrat peut fort bien intervenir à des phases différentes de la procédure si ces décisions n'ont pas le même objet. Il ne faut pas avoir une conception trop rigide du principe de la séparation des fonctions. L'observation reprend une jurisprudence abondante par laquelle la Cour a admis dans des affaires intéressant la matière pénale, et même au sujet de la détention provisoire, qu'un juge ayant pris des décisions limitées pendant la période d'instruction puisse ensuite siéger dans la formation de jugement, à la condition que ces premières décisions n'impliquent pas d'avoir préjugé la question à trancher⁴;

- la connaissance approfondie du dossier par le juge — et notamment de données préliminaires entrant en compte dans l'appréciation finale — n'implique pas davantage un préjugé empêchant de le considérer comme impartial au moment du jugement sur le fond.

Quant à l'influence qu'un juge peut exercer sur les autres, elle est tout simplement en dehors du débat.

¹ Cass. ass.pl. , 5 fév. 1999, *J.C.P.* ed. E 1999, p. 957 ; cass. com., 5 oct. 1999, *D.* 2000, sommaire commenté M.-L.NIBOYET.

² 3 nov. 92 et 16 mars 93, *D.* 1993, 538, note VALLENS.

³ 11 sept. 1997, *D.* 1998, 128, note RENUCCI.

⁴ V. *HAUSCHILDT C/ DANEMARK* du 24 mai 1989 pour la formulation du principe bien qu'en l'espèce l'atteinte ait été jugée constituée ; *PADOVANI C/ ITALIE* du 26 février 1993 ; *NORTIER C/ PAYS-BAS* du 24 août 1993 ; *FEY C/ AUTRICHE* du 24 février 1993 ; *SARAIVA DE CARVALHO C/ PORTUGAL* du 22 avril 1994 et *BULUT C/ AUTRICHE* du 23 janvier 1996 pour des exemples d'atteinte non constituée.

Tout dépend, en définitive, d'un critère chronologique : à quel moment les éléments du litige ont-ils été appréciés, avant ou lors de l'appréciation finale, avant ou avec le jugement ?

Appliquée au cas *Morel*, la seule question qui importe (à la Cour) est celle de savoir si, « compte tenu de la nature et de l'étendue des fonctions du juge-commissaire durant la phase d'observation et des mesures adoptées, ce dernier fit preuve d'un parti pris quant à la décision à rendre par le tribunal » (§ 47).

C'est dire qu'il faut comparer très exactement l'objet des mesures prises par le juge-commissaire et celui du jugement rendu et définir le moment auxquels ces divers éléments sont intervenus.

Pour la Cour, chacun des termes de la comparaison avait un objet distinct et se produisait en un temps différent. Durant la phase d'observation, le juge-commissaire n'avait pris que des mesures relatives à la gestion de l'entreprise. Le tribunal, quant à lui, devait apprécier la viabilité à plus ou moins long terme du plan de continuation proposé par le requérant, en se plaçant à la fin de la phase d'observation.

C'est donc au vu des circonstances de la cause, qu'elle conclut à l'absence de violation de l'article 6-1. C'est aussi au vu de ces circonstances particulières, et de l'appréciation qui en a été faite par la Cour, qu'il convient de mesurer la portée — qui me semble très relative — de cet arrêt.

B • La portée toute relative de l'arrêt

Les décisions prises en l'espèce étaient nombreuses et de nature différente.

La plupart relevait de la catégorie des mesures conservatoires (séquestre de compte, désignation d'experts). Elles ne soulevaient pas de difficulté. Mais il y avait eu aussi des autorisations de ventes et surtout des autorisations de licenciement pour disparition de postes (14 personnes licenciées).

Ces dernières mesures sont déjà plus litigieuses car elles impliquent — pour en déterminer l'utilité, voire la nécessité — une appréciation portée sur la situation économique et financière des sociétés. Il en serait de même si l'autorisation du juge-commissaire était sollicitée pour la poursuite de contrats en cours. De plus, ce sont des mesures susceptibles d'engager l'avenir de l'entreprise. C'est pourquoi l'on parle de « véritable magistrature économique » du juge-commissaire¹.

Mais ces mesures sont prises et appréciées pendant la période d'observation au vu de la situation actuelle de l'entreprise. Elles n'impliquent aucune projection dans l'avenir, aucun regard prospectif sur la viabilité de son redressement, même s'il peut y avoir des points de contact.

D'ailleurs, dans l'affaire *Morel*, le plan a été refusé, semble-t-il, exclusivement pour insuffisance de garanties financières du débiteur, déficience qui avait été soulignée par l'administrateur dans son rapport et qui était sans lien aucun avec les mesures prises par le juge-commissaire. La solution est donc convaincante au regard des circonstances de l'affaire.

Mais, que faudrait-il décider dans des circonstances faisant apparaître un lien plus étroit entre les décisions préliminaires du juge-commissaire et le jugement sur le plan ? Spécialement dans les hypothèses où il doit donner un avis préalable, comme par exemple dans la procédure simplifiée sur le plan de continuation proposé ?

La question n'a pas été débattue sous cet angle dans l'affaire *Morel*, mais elle avait fait l'objet de décisions contrastées des juridictions nationales. Et la doctrine était plutôt sceptique sur la conformité de notre droit à l'article 6².

La Chambre commerciale en 1992³, suivie par les Cours de Paris et de Besançon⁴ avait estimé que la présence au tribunal du juge-commissaire ne portait pas atteinte au principe de l'impartialité, même si le tribunal ne pouvait statuer sans avoir au préalable pris connaissance de son rapport, mais la Cour de Versailles a estimé qu'un juge-commissaire ne peut à la fois donner son avis et juger ensuite⁵. Il est vrai que cette jurisprudence est intervenue sur un aspect différent du droit de la faillite, l'hypothèse de procédures de sanctions contre les dirigeants.

De fait, dans de telles hypothèses, il a bien forgé son appréciation avant le jugement. La délimitation chronologique entre les diverses appréciations n'est plus respectée et l'atteinte au principe d'impartialité est patente.

¹ Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, coll. Domat, 1995, 683 p.

² Cf. VALLENS changeant d'avis entre sa note précitée en 1993 et son article précité, et RENUCCI note précitée.

³ Arrêt *MOREL*, précité.

⁴ CA Paris 5 nov. 1994 et CA Besançon 19 mai 1995, *RPC* 1996, p. 52.

⁵ CA Versailles 12 nov. 1993, *RPC* 1994, p. 26, obs. DUREUIL.

Mais l'idée qu'on ne peut à la fois donner un avis sur une affaire et la juger ensuite est transposable à tous les domaines dans lesquels le juge-commissaire doit être préalablement consulté et même, peut-être, au-delà, compte tenu de l'étroitesse de la collaboration qui s'instaure entre l'administrateur et le juge-commissaire qui travaillent le plus souvent la main dans la main.

Certes, on pourrait faire valoir les nécessités de rapidité et d'efficacité qui impriment à la procédure en cette matière des spécificités auxquelles la Cour européenne peut être sensible. Il est certes utile que le juge-commissaire, qui a la meilleure connaissance du dossier et qui a fait vivre la procédure depuis son origine, puisse donner son avis. Mais il importe aussi d'éviter tout risque de confusion des rôles, d'éviter surtout que ce personnage central ne puisse être sensible à des influences extérieures pour accepter des offres de reprise de l'entreprise en difficulté, ou du moins puisse être suspecté de l'être.

C'est pourquoi il faut être prudent dans l'interprétation de l'arrêt *Morel* qui ne remet nullement en cause la jurisprudence française récente qui a fait une application stricte du principe d'impartialité pour interdire, dans une matière assimilée au droit pénal, la présence du rapporteur devant la COB ou le Conseil de la concurrence lors du délibéré. Certes les Etats disposent toujours d'une marge d'appréciation, spécialement en matière économique ou dans des contentieux spécialisés qui pourrait expliquer la solution *Morel*.

Quoi qu'il en soit, même si une latitude est laissée aux Etats, on peut former le vœu que la France en fasse un bon usage et qu'on ne revienne pas sur des intentions de réforme salubre, ne serait-ce que pour restaurer la confiance — aujourd'hui bien écornée — dans le déroulement des procédures collectives devant les tribunaux de commerce.

Michele DE SALVIA

Il s'agit d'une impartialité dans un cadre civil. Toute la jurisprudence de la Cour a été élaborée par rapport aux espèces pénales.

Le champ d'application de l'article 6 CEDH en matière financière

Le cas de la Cour de discipline budgétaire et financière : l'affaire Guisset (26 septembre 2000)

par

David **ROCHON**
Doctorant à l'Université de Paris XI

Il apparaît presque naturel qu'après le contentieux pénal, disciplinaire, administratif, ou fiscal, le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme vienne affecter à son tour le contentieux des juridictions financières. Pour sembler aller de soi, ce nouveau développement n'en est pas moins problématique tant les préoccupations qui président au contrôle juridictionnel des finances publiques et la philosophie dont procède la Convention sont éloignées. La décision *Guisset* en est l'illustration : donnant lieu à une condamnation de la France pour violation de l'article 6-1 de la Convention en raison de l'absence de publicité des débats et de la durée déraisonnable de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

Cette affaire soulève une question plus générale, celle de la conciliation des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme avec l'action des juridictions financières. Ancien ambassadeur de France aux Emirats arabes unis, M. Guisset avait méconnu des règles élémentaires du droit budgétaire en contractant en 1980 et 1981, au nom de l'ambassade de France et de sa propre initiative, un emprunt destiné au financement d'un centre culturel français à Abou Dhabi. Le montage financier dont il était le concepteur était à la fois ingénieux, commode et économe des deniers de la France, il n'en demeurait pas moins parfaitement irrégulier, dans la mesure où seul le Ministre des Finances était susceptible de souscrire un tel engagement. Ayant eu connaissance de manière incidente de ce manquement, la Cour des comptes décidait en février 1984 de renvoyer M. Guisset devant la Cour de discipline budgétaire et financière, juridiction compétente pour juger des infractions commises par les ordonnateurs. Celui-ci n'en était pas cependant pas avisé à l'époque. Ayant quitté les Emirats arabes unis, il était nommé ambassadeur de France en Bolivie jusqu'en 1986, date à laquelle il cessait ses fonctions diplomatiques sans recevoir de nouvelle affectation ; il ne conservera que son traitement de base sans nouvel avancement jusqu'à sa mise en retraite en 1997. En février 1987, le Procureur général de la Cour des comptes avait demandé l'ouverture d'une instruction, ce dont M. Guisset avait été informé quelques mois plus tard. Entendu par le rapporteur à deux reprises, en juin et juillet 1987, il était renvoyé par une décision du Procureur général près la Cour des comptes en date du 15 novembre 1988 devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Le 7 février 1989, M. Guisset en était avisé et pouvait prendre connaissance du dossier.

Après avoir présenté sa défense, il était condamné à deux mille francs d'amende par la Cour dans un arrêt notifié le 3 octobre 1989. Sur pourvoi du requérant, cet arrêt était finalement cassé le 29 décembre 1993 par le Conseil d'Etat pour non réponse à une fin de non-recevoir soulevée par le requérant. Pris sur renvoi, le second arrêt de la Cour de discipline budgétaire en date du 12 avril 1995, tout en constatant la violation des règles budgétaires, décidait de ne pas entrer en voie de condamnation à l'encontre de M. Guisset qui était donc relaxé. Celui-ci s'estimant néanmoins victime en raison de son maintien dans une position statutaire peu conforme à ses aspirations, saisit la Commission européenne des droits de l'Homme qui conclut le 9 mars 1998¹ à l'applicabilité de l'article 6 §1 à la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière et déclare la requête présentée par M. Guisset partiellement recevable.

La Cour, saisie de deux réclamations ayant trait l'une à la longueur du délai de la procédure, l'autre à l'absence de publicité des audiences devant la Cour de discipline budgétaire et financière, constate la violation de l'article 6-1, tant en ce qui concerne le délai excessif de la procédure que l'absence de publicité des audiences et condamne la France. Ce faisant, elle retient une application particulièrement exigeante de l'article 6-1 de la Convention, à la lumière de laquelle on doit s'interroger sur les conditions d'action des juridictions financières dans leur ensemble et la pérennité du système juridictionnel de contrôle des finances publiques.

¹ Commission EDH, 9 mars 1998, *GUISSET C/ FRANCE*, req 33933/96. Cf. J-F FLAUSS, Actualité de la CEDH, *AJDA*, 1998, p. 984 s.

I • L'application exigeante de l'article 6-1 à la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière

A • Une applicabilité légitime

Dans sa décision, la Cour se borne à constater de manière laconique l'applicabilité de l'article 6-1, estimant que « la Cour de discipline budgétaire et financière doit être regardée comme décidant du bien-fondé d'accusations en matière pénale » au sens de la Convention »¹, en prenant acte du revirement intervenu dans la jurisprudence du Conseil d'Etat à ce sujet.

Relativement prévisible, cette solution est parfaitement cohérente avec la jurisprudence antérieure de la Cour, qui fait dépendre l'applicabilité de l'article 6 de la nature du litige et non de celle de la juridiction. La question de l'applicabilité de l'article 6-1 n'était plus réellement contestée devant la Cour, mais avait été âprement débattue devant la Commission. Pour conclure que la Cour de discipline budgétaire était saisie du « bien-fondé d'accusations en matière pénale », la Commission a très classiquement fait référence tant à la nature de l'infraction qu'à la nature et au degré de gravité de la sanction. A ces fins, elle souligne à la fois le caractère général de la norme sanctionnée, la nature préventive et répressive de la sanction et enfin la gravité de la peine encourue.

S'agissant de la norme sanctionnée, elle possède selon la Commission un caractère général dans la mesure où elle s'applique indistinctement à tous ceux qui sont susceptibles de se trouver en situation de commettre l'infraction.

S'agissant de la nature de l'infraction, le caractère à la fois préventif et répressif de la sanction lui paraît établi puisqu'il s'agit de prévenir toute gestion irrégulière des deniers publics et d'en réprimer les auteurs. Du reste la Cour de discipline budgétaire a vocation à prononcer des amendes qui n'ont pas un caractère de réparation mais de sanction².

S'agissant de la gravité de la sanction, là encore la cause est entendue puisque celle-ci peut aller jusqu'à deux fois le montant brut annuel du traitement de la personne poursuivie. Si ces sanctions ne sont pas, ainsi qu'il a été souvent souligné, particulièrement lourdes, on ne saurait affirmer non plus qu'il s'agit de sanctions de principe.

Cette solution remet en cause la position traditionnelle des juridictions françaises pour qui la question de l'applicabilité de l'article 6 au contentieux devant la Cour de discipline budgétaire et financière avait appelé de longue date une réponse négative³. La position tant du Conseil d'Etat que de la Cour de discipline budgétaire et financière était fondée sur la nature spécifique des sanctions prononcées par la CDBF : ni disciplinaires, ni pénales, échappant au régime des unes et des autres et susceptibles de se combiner avec elles. Ainsi par exemple relevait-t-on habituellement le fait qu'elles étaient exclues en raison de leur nature particulière des lois d'amnistie⁴. Cette altérité fait tout l'intérêt de la sanction budgétaire, susceptible de constituer tantôt une alternative à la répression pénale que celle-ci ne fût pas souhaitée ou plus possible, tantôt un moyen d'alourdir celle-ci pour souligner la gravité de la faute. Aussi le Conseil d'Etat avait-il rappelé notamment dans un arrêt du 30 octobre 1991, *M. Dussine et M. Gautier*, que « les amendes prononcées... par la Cour de discipline budgétaire et financière n'interviennent pas dans le cadre d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil ni dans celui d'une accusation en matière pénale » au sens de l'article 6-1 de la Convention. De nouveau saisi d'un pourvoi dans l'affaire *Guisset*, il avait maintenu cette solution jusqu'à la décision contraire de la Commission.

B • Une application exigeante

L'article 6 déclaré applicable, sa violation est sanctionnée sur deux plans, celui du délai de la procédure tout d'abord, jugé déraisonnable, celui du défaut de publicité des audiences ensuite.

Le délai de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière est jugé non raisonnable. Même en retenant comme elle le fait pour point de départ la date la plus favorable aux prétentions du Gouvernement français, à savoir la notification à la personne poursuivie du « reproche d'avoir accompli l'infraction », c'est-à-dire en l'occurrence non la date de déféré devant la Cour de discipline budgétaire et financière, le 15 février 1984 mais celle de la notification le 11 février 1987 à M. Guisset par le Procureur général qu'une instruction était ouverte à son encontre, le requérant n'est jugé définitivement que huit ans plus tard et le délai considéré comme déraisonnable.

On sait que le caractère « raisonnable » du délai s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard, notamment, à la complexité de l'affaire, au comportement du requérant et à celui des autorités nationales compétentes.

¹ § 59.

² M. BOUVIER, M-C ESCLASSAN, J-P LASSALE, *Finances Publiques*. Paris, LGDJ, 5ed, 2000, p.374

³ Gabriel ECKERT note sous CE, Sect, 30 octobre 1998, *LORENZI*. RDP, n°2 1999, p. 634.

⁴ CE 7 juillet 1978 *MASSIP*, Rec. p. 301. Cf. également Hélène SURREL, "La publicité des audiences et l'applicabilité de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme aux juridictions financières. A propos des arrêts du Conseil d'Etat *MME BARTHELEMY*, *M. LORENZI* ET *SARL DELTANA* ET *M. PERRIN*", référence à compléter ?....

La Cour de Strasbourg apparaît dans cette affaire comme particulièrement exigeante dans son appréciation. Si l'on ne doit pas surestimer la complexité de l'affaire, on peut néanmoins souligner que celle-ci a donné lieu à un pourvoi en cassation, un renvoi et un nouveau pourvoi en cassation. D'autre part, il semble que le requérant ait assumé une part de responsabilité dans la longueur de la procédure, utilisant à plein les délais qui lui étaient laissés pour la préparation de sa défense.

Le deuxième aspect de la procédure devant la CDBF sanctionné par le juge de Strasbourg est l'absence de publicité des audiences. Expressément prévu par le code des juridictions financières¹, le secret des audiences présente un double intérêt : préserver la réputation de la personne poursuivie et assurer aux audiences une certaine sérénité. Cette règle apparaît surtout comme un héritage, celui du principe traditionnel d'absence de publicité des audiences devant les juridictions de l'ordre administratif². Cependant, la contrariété entre l'article L. 314-15 du code des juridictions financières et le principe de l'article 6 de la CEDH ne faisait pas beaucoup de doute. Celui-ci stipule en effet :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial ».

C'est pourquoi le débat devant la Commission et la Cour porta moins sur le principe de la publicité que sur la possibilité pour le requérant de se prévaloir d'un quelconque préjudice, dans la mesure où il était difficile d'établir en quoi cette absence de publicité lui avait nuit. Cohérente eu regard de la philosophie démocratique sur laquelle repose la Convention, la justice s'exerçant sous le regard du public étant supposée s'exercer sous le contrôle du peuple, la solution retenue soulève néanmoins des objections dès lors que le défaut de publicité constitue aussi une protection du requérant et qu'il n'est pas établi qu'elle lui ait porté préjudice.

Ainsi, alors que l'applicabilité de l'article 6-1 apparaissait légitime et prévisible, son appréciation en l'espèce fait l'objet d'une lecture particulièrement exigeante de la part de la Cour de Strasbourg. Il convient d'en mesurer la portée non seulement sur la situation de la Cour de discipline budgétaire et financière mais également à la lumière de son incidence sur l'action des juridictions financières dans leur ensemble.

II • La difficile conciliation des exigences de la CEDH avec l'action des juridictions financières

Bien que frontalement contraires à la solution historiquement retenue par le juge français, les conséquences de la position du juge européen dans cette affaire n'en ont pas moins été très rapidement tirées. L'essentiel des ajustements a même été effectué dès la décision de la Commission et sans attendre l'arrêt de la Cour. Cependant, au delà des seules incidences sur la Cour de discipline budgétaire et financière qui pourront rester réduites, se pose un problème général de conciliation des exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme avec l'action des juridictions financières. Longtemps anecdotique, la question de l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH est en effet désormais, comme le relève Gilbert ORSONI, la plus fréquemment posée au Conseil d'Etat lorsqu'il intervient en cassation des arrêts de la Cour des comptes³.

A • Les conséquences sur la CDBF pourront rester réduites

L'applicabilité de l'article 6 §1 à la procédure devant la CDBF n'est plus désormais contestée par les juridictions françaises. La décision de la Commission dans l'affaire *Guisset* a conduit le Conseil d'Etat à faire évoluer sa jurisprudence sans attendre. Dans sa décision de section du 30 octobre 1998, *M. Lorenzi*, la haute juridiction administrative conclut à l'applicabilité de l'article 6 à la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Dans l'affaire *Lorenzi*, la Cour de discipline budgétaire et financière par une décision du 13 octobre 1993, avait en effet encore une fois affirmé que « quand elle est saisie d'agissements pouvant donner lieu aux amendes prévues par la loi (...), la Cour de discipline budgétaire et financière doit être regardée comme décidant du bien fondé d' « accusations en matière pénale ». Le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi en cassation invoquant le non respect des exigences de l'article 6-1 de la CEDH en matière de publicité des audiences, accueille ce moyen et opère un complet revirement, posant pour principe que la Cour « doit dès lors siéger en séance publique sans que puisse y faire obstacle... l'article 23 de la loi du 25 septembre 1948 qui prévoit que « les audiences de la Cour ne sont pas publiques ».

Un certain nombre d'aménagements ont été apportés afin de garantir la conformité de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière aux exigences de la Convention. On doit ainsi constater que les préoccupations liées au respect de l'article 6 constituent aujourd'hui le principal vecteur d'évolution de la procédure devant la Cour. Celle-ci a procédé à un véritable *aggiornamento* en matière de publicité des audiences jusqu'en 1996 et alors même que le code des juridictions financières prévoit expressément la solution contraire, la Cour reconnaissait aux personnes

¹ Article 23 al. 9 de la loi du 25 septembre 1948.

² CE 25 juin 1948 *BRILLAUD*, Rec., p.292, D1949, somm, p. 21 « la publicité n'est exigée devant les juridictions administratives qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose cette règle de procédure ».

³ G. ORSONI note sous CE, Ass., 23 février 2000, *SOCIETE LABOR METAL*, *Revue française de finances publiques* n° 70, juin 2000, p. 210

poursuivies la possibilité d'exiger une audience publique et les informait de ce droit, tandis que depuis 1999, la Cour siège systématiquement en audience publique.

Ces aménagements laissent néanmoins subsister un certain nombre de difficultés.

- La question de la durée de la procédure devant la Cour de discipline budgétaire et financière reste un point d'achoppement important. Le problème ne saurait être facilement résolu dans la mesure où l'on se heurte à des difficultés de nature structurelle liées à la composition de la Cour. Celle-ci comporte six magistrats : le Premier Président de la Cour des comptes, le Président de la section des finances du Conseil d'Etat, deux conseillers d'Etat, et deux conseillers-maîtres à la Cour des comptes, le Procureur général près la Cour des comptes faisant office de Procureur. Amenée à jouer un rôle de plus en plus important pour répondre aux attentes nouvelles en terme de moralité publique, la Cour serait en réalité difficilement capable de faire face à une augmentation significative de son contentieux. Or, le projet de réforme de la Cour, transmis le 16 juillet 1996 au Premier Ministre, au Garde des Sceaux et au Ministre de l'Economie et des Finances, qui allait dans le sens d'une plus grande célérité de la juridiction en prévoyant notamment une augmentation du nombre de membres, la création de sections, l'élargissement du vivier des rapporteurs, n'a pas connu d'aboutissement.

- La possibilité d'un cumul des sanctions prononcées par la Cour avec les sanctions de nature pénale ou disciplinaire pourrait de la même façon s'avérer problématique¹. La possibilité d'un tel cumul était fondée sur le caractère *sui generis* des sanctions budgétaires et par l'autonomie reconnue à la procédure devant la Cour. La qualification de sanction à caractère pénal au sens de l'article 6 de la CEDH n'a certes pas d'incidence directe en raison de l'autonomie de la définition de la matière pénale en droit européen ; elle rend cependant plus pressantes les interrogations sur la pertinence et la légitimité d'un tel cumul. On doit toutefois souligner que la possibilité d'un cumul de sanctions joue un rôle irremplaçable lorsqu'il s'agit de définir la place et la fonction de la Cour de discipline budgétaire. La vocation de la sanction prononcée par la CDBF n'est pas en effet de se substituer à une autre répression, mais de souligner la gravité d'une faute et de caractériser clairement l'existence d'une violation du droit budgétaire. C'est pourquoi le niveau des amendes susceptibles d'être prononcées est relativement modeste et les sanctions effectivement prononcées en général modérées. La répression de l'infraction budgétaire vise à l'exemplarité, non à l'exclusivité ; elle se veut complémentaire et non redondante.

- La problématique du respect des droits de la défense et des principes issue de l'article 6 de la Convention est aujourd'hui au cœur du débat. A la lumière de ces préoccupations il ne semble pas possible de faire l'économie d'une réflexion sur l'organisation d'une juridiction dont la crise identitaire est avérée. Inversement on ne comprendrait pas que la question du respect de la Convention européenne ne soit pas abordée si l'on entend penser la réforme des institutions de contrôle des finances publiques que sont la Cour des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière. Gilbert ORSONI évoquait à la suite de l'affaire *Labor Metal* la possibilité d'un « autre mode de fonctionnement » de la Cour des comptes dont les membres seraient spécialisés dans la gestion de fait et resteraient extérieurs à la délibération sur le rapport public. Pourquoi ne pas envisager une intégration complète de la CDBF au sein de la Cour des comptes, comme chambre spécifiquement chargée de la répression des irrégularités commise par les ordonnateurs ? Le premier Procureur général de la Cour des comptes, s'est déclaré publiquement favorable à l'intégration pure et simple de la Cour de discipline budgétaire et financière à la Cour des comptes, et ses propos ont été relayés par le premier président JOXE lors d'une audition devant la représentation nationale. Il est vrai que le maintien d'une juridiction formellement distincte de la Cour des comptes contribue à un alourdissement souvent injustifié des procédures. C'est notamment le cas lorsque, comme en l'espèce, la saisine de la Cour de discipline budgétaire et financière intervient après une procédure qui s'est conclue par une déclaration de gestion de fait.

B • L'incidence de la CEDH sur le jugement des comptes reste plus incertaine

L'intervention de la décision *Guisset* clarifie la situation de la Cour de discipline budgétaire et financière. La question de l'applicabilité de l'article 6 au jugement des comptes des comptables publics, patents ou de fait, reste en revanche entière².

L'exclusion de principe de l'applicabilité de l'article 6 à la procédure de jugement des comptes est maintenue par les juridictions françaises. L'exclusion de la procédure de jugement des comptes du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne peut se prévaloir de solides justifications. Le juge des comptes ne juge pas selon une formule bien connue le comptable, mais le compte. Cela signifie que la mise en cause de la responsabilité du comptable s'effectue selon un mécanisme de responsabilité objective qui ne laisse aucune place, au niveau juridictionnel tout au

¹ On rappellera par ailleurs que la Cour des comptes considère qu'elle ne peut prononcer d'amende pour gestion de fait dès lors qu'elle a saisi la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF, 30 sept 1987, LE GOFF, *Rec.*, p. 515)

² Cf. G. ORSONI, « Le Conseil d'Etat, juge de cassation des arrêts rendus par la Cour des comptes », *Revue française de finances publiques*, n° 70, p. 140.

moins, à la prise en considération du comportement personnel du comptable.¹ Le juge des comptes « ne peut légalement fonder les décisions qu'[il] rend dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle que sur les éléments matériels des comptes soumis à son contrôle, à l'exclusion notamment de toute appréciation du comportement personnel des intéressés ». ² C'est pourquoi le Conseil d'Etat continue d'exclure l'applicabilité de l'article 6 aux procédures de jugement des comptes du comptable patents comme de fait : « La Cour des comptes, lorsqu'elle juge les comptes des comptables publics, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du (...) 22 juin 1967, ne statue pas en matière pénale et ne statue pas sur des obligations à caractère civil » ³.

Cette exclusion, fermement maintenue par les juridictions françaises⁴, entend trouver un certain appui sur la position des organes de Strasbourg. Dans l'affaire *Muyldermans c/ Belgique*⁵, le rapport de la Commission avait posé le principe d'une distinction entre liquidation des comptes et jugement de l'action du comptable, laissant entendre « qu'une contestation relative à la liquidation du compte d'un comptable en tant que tel ne tomberait pas en principe dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention ». ⁶ Dans cette affaire, la Cour ne concluait pas à l'applicabilité de l'article 6, mais seulement parce que la Cour des comptes belge tenait compte du comportement personnel du comptable pour apprécier l'étendue de sa responsabilité.

On assiste néanmoins à une relativisation progressive mais certaine de la portée de cette exclusion dont on peut se demander si elle ne porte pas en germe une « normalisation » complète de la procédure de jugement des comptes publics, au risque peut-être d'accroître la « coloration pénale » du contrôle juridictionnel des finances publiques qui pourrait perdre sa singularité.

- L'extension aux amendes prononcées contre les comptables de fait

Les amendes prononcées par les Chambres régionales des comptes et la Cour des comptes à l'encontre des comptables de fait ne pouvaient faire l'objet d'un traitement différent au regard de l'article 6 de la Convention de celui des amendes encourues devant la Cour de discipline budgétaire et financière. L'article L.313-14 du Code des juridictions financières prévoit en effet expressément que ces sanctions ont des caractères identiques. Aussi le Conseil d'Etat a-t-il logiquement estimé dans l'affaire *SARL Deltana Perrin* que le juge financier statue sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale lorsqu'il prononce la condamnation d'un comptable de fait à une amende. Fort opportunément les décrets n° 95-945 du 23 août 1995 et 96-334 du 18 avril 1996 ont imposé la publicité des séances au cours desquelles la Cour et les Chambres régionales des comptes statuent à titre définitif sur une amende.

Fort opportunément, les décrets n° 95-945 du 23 août 1995 et 96-334 du 18 avril 1996 ont imposé la publicité des séances au cours desquelles la Cour et les Chambres régionales des comptes statuent à titre définitif sur une amende.

- L'extension indirecte à la déclaration de gestion de fait

Relative à une affaire de gestion de fait, la décision d'assemblée, *société Labor Métal* du 23 février 2000 a amené le Conseil d'Etat à remettre en cause « l'impartialité structurelle » de la Cour des comptes dans des termes identiques à ceux employés par la Cour européenne de Strasbourg dans l'affaire *Procola*. La haute juridiction administrative s'est fondée non directement sur l'article 6 de la Convention, mais sur les principes généraux des droits de la défense. Ce faisant, le juge administratif confirme la solution de principe rappelée quelques années auparavant dans la décision *Nucci* du 6 janvier 1995⁷ : l'inapplicabilité en matière de gestion de fait de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour la tempérer aussitôt par une application indirecte, à travers la référence aux principes d'impartialité et au respect des droits de la défense.⁸ En réalité, si l'article 6 demeure formellement inapplicable à la procédure conduisant à la déclaration de gestion de fait, il n'en est pas moins matériellement très largement appliqué par l'appel à des principes qui empruntent comme on a pu le constater dans la décision *Labor Metal* jusqu'à leur formulation, aux arrêts de la Cour européenne de Strasbourg. C'est pourquoi il peut paraître assez vain de distinguer, en l'état de la jurisprudence, le prononcé des amendes pour lequel l'article 6 est reconnu applicable, du reste de la procédure. Cette solution semble résumer à elle seule toute l'ambiguïté de la notion de gestion de fait, dont le caractère répressif fait question. La « coloration pénale »⁹ de l'ensemble de la matière est assez évidente, puisque au contraire du

¹ Le principe de cette responsabilité a été posé par le Conseil d'Etat dans un arrêt CE du 12 juillet 1907, *Sieur Nicolle, Rec.*, . 656.

² CE, Ass., 20 nov. 1981, *MINISTRE DU BUDGET, Rec.*, p. 434.

³ CE, Sect, 3 avril 1998, *MME BARTHELEMY, RFDA*, 1998, p. 1039, concl. F. LAMY., *RFDA*, 1998, pp. 1039-1046.

⁴ CE, 19 juin 1991, *VILLE D'ANNECY C/ M DUSSOLIER, Rec.*, p. 242 ; *AJDA*, 1992, p. 150., concl. ABRAHAM, *Rev. Trésor*, 1991, p. 642, concl.

⁵ CEDH, 23 octobre 1991, *MUYLDERMANS C/ BELGIQUE, Revue française de finances publiques*, 1992, n° 37, note G. MONTAGNIER.

⁶ Rapport, § 54.

⁷ CE, Sect., 6 janvier 1995, *NUCCI, Revue française de finances publiques*, n° 52, 1995, p. 209.

⁸ G. ORSONI note sous CE, Ass., 23 février 2000 *SOCIETE LABOR METAL, Revue française de finances publiques*, n° 70, juin 2000, p. 207-213.

⁹ G. BRAIBANT, concl sous CE, *DARRAC*, 12 décembre 1969, *Rec.* .p. 578.

jugement des comptes du comptable patent, la déclaration de gestion de fait implique de la part du juge une appréciation du comportement de la personne poursuivie.

- L'extension possible au jugement des comptes du comptable patent.

Le contrôle de régularité des opérations financières publiques repose en France sur un principe, celui de la séparation des ordonnateurs et des comptables. Le régime de responsabilité objective et illimité des comptables publics constitue le corollaire de ce principe. Cette responsabilité est basée sur une logique qui n'est pas une logique de sanction mais une logique de garantie. Un certain nombre d'éléments permettent cependant de nuancer la singularité de la responsabilité du comptable public et la rapprochent d'un mécanisme de sanction. En premier lieu, on doit constater que le caractère objectif et automatique de la sanction n'est pas exclusif de l'idée de faute du comptable puisque celui-ci sera déchargé de sa responsabilité s'il établit qu'il n'a pas commis de faute. Surtout, la possibilité, largement employée en pratique, d'atténuation ou d'exonération *a posteriori*, en particulier à travers des remises gracieuses en faveur du comptable prononcées par le Ministre des finances, conduit en réalité à une appréciation de son comportement et de la gravité de son manquement. Mais s'agissant du comptable patent, c'est surtout la qualification de sa responsabilité au regard de la notion de contestation portant sur des droits et obligations à caractère civil qui, comme dans l'affaire *Muyldermans*, pose problème, dans la mesure où la mise en cause de la responsabilité du comptable entraîne pour lui des conséquences patrimoniales évidentes et importantes.

La singularité du contrôle juridictionnel des finances publiques continue d'être l'une des raisons de son efficacité ; ce contrôle a su maintenir une identité et une logique propre. Si des avancées dans le sens d'une meilleure prise en compte des droits de la défense et du respect des libertés individuelles paraissent tout à fait favorables, on peut en revanche exprimer quelques réserves quant à la mise en avant inconditionnelle de la dimension répressive dans le contrôle des finances publiques. D'autant plus que si la référence à l'article 6 de la Convention est en principe favorable à la personne poursuivie, la reconnaissance de la dimension répressive des procédures n'est pas dépourvue d'ambiguïtés. L'application n'en est pas nécessairement plus protectrice et la décision *Guisset* en fournit un exemple s'agissant de la publicité des audiences, susceptible dans de nombreux cas de s'avérer autrement plus préjudiciable à la personne poursuivie que les amendes susceptibles d'être prononcées par cette juridiction et dont le niveau reste relativement modeste.

Débats

Michele DE SALVIA

Si j'ai bien compris, la Cour n'a pas suivi la jurisprudence du Conseil d'Etat...

Les quatre interventions auxquelles nous venons d'assister soulignent la technicité du travail de la Cour et la France n'est qu'un pays parmi 41 Etats.

Me Michel PUECHAVY

Je voudrais apporter une précision à propos de l'affaire *Morel* dans laquelle j'étais l'avocat du requérant. Je n'ai jamais dit à l'audience que l'article 36 de la loi du 25 janvier 1985 n'était pas applicable. Il est vrai que dans l'arrêt, il est écrit que l'agent du gouvernement a soulevé, pour la première fois à l'audience, une erreur de plume dans la rédaction du jugement du Tribunal de commerce qui viserait à tort l'article 36. C'est un moyen qui a été soulevé à la dernière minute et auquel je n'ai pas pu répondre. Mme TULKENS m'avait demandé si l'article 61 de la même loi était applicable en l'espèce. Oui, parce qu'il s'agissait d'un plan de redressement présenté par le requérant, l'article 61 était donc bien applicable. En revanche, contrairement à ce que dit la Cour et ce que laisserait entendre votre analyse, l'article 36 s'appliquait également car lorsqu'un plan de redressement est refusé par le Tribunal de commerce, on tombe automatiquement dans une procédure de liquidation judiciaire et, dans ce cas, l'article 36 s'applique. Tous les arrêts de la Cour de cassation, dans des affaires impliquant le rejet d'un plan de continuation et la conversion en liquidation judiciaire, visent l'article 36 de la loi. Monsieur Derrida est du même avis et il est un éminent spécialiste des procédures collectives.

Or, aux termes de l'article 36 un rapport doit être présenté par le juge-commissaire et ce rapport est visé à juste raison dans le jugement. M. Morel avait sollicité la communication de ce rapport au Président du Tribunal qui lui a refusé au motif qu'il était enfermé « dans le secret du délibéré ». Ni la Cour d'appel ni la Cour de cassation n'ont contesté l'existence de ce rapport, cette juridiction ayant considéré que le rapport était oral. Mais dès lors qu'un document fait l'objet d'un visa, il est difficile d'admettre qu'il est oral ! Or, que l'agent du gouvernement vienne nous dire à l'audience qu'il s'agit d'une erreur de plume alors que le principe du respect du contradictoire est en cause, n'est pas digne d'un débat de ce niveau (ce n'est pas la première fois qu'un agent du gouvernement nous fait le coup à l'audience). J'estime beaucoup M. Ronny Abraham qui effectue un travail considérable pour la défense des droits fondamentaux, mais la moindre des choses, c'est de permettre à l'adversaire de répondre à un argument soulevé à l'audience. J'ai fait une demande de renvoi devant la Grande Chambre qui malheureusement a été rejetée. Il n'y a donc pas eu erreur de droit du requérant comme le prétend la Cour qui a trouvé ainsi le moyen de liquider purement et simplement la question pour s'en débarrasser. C'est, comme vous l'avez dit, un « arrêt d'accident »

Marie-Laure NIBOYET

Et malheureux pour l'intéressé...

Me Michel PUECHAVY

Un mot sur l'impartialité : Monsieur Morel, qui se défendait lui-même devant le Tribunal de commerce de Nanterre est une personnalité difficile qui avait présenté de nombreuses requêtes. Il existait une animosité entre lui et le juge-commissaire. Celui-ci —et cela ne ressort pas des pièces du dossier— a volontairement liquidé son affaire par des licenciements, par la vente d'immeubles alors qu'il était possible de poursuivre l'exploitation. Monsieur Morel s'est trouvé démuné et la liquidation ne pouvait qu'être prononcée. Donc, il y avait manifestement une volonté délibérée de mettre fin à l'activité de la société de Monsieur Morel qui n'apparaît pas à la lecture des pièces, une volonté de ce juge-commissaire puisqu'ultérieurement il a été mis en examen et placé en détention provisoire. Voilà les observations que je voulais faire et les précisions que je voulais donner parce que quand on lit le dossier, on a une vision un peu différente...

Marie-Laure NIBOYET

Je suis ravie de votre présence et de pouvoir engager une discussion avec vous car je peux vous dire que je me suis véritablement arrachée les cheveux pour essayer de démêler l'exactitude des faits dans cette affaire. Sur le premier point, la question du rapport, il y a une contradiction entre ce qu'a dit la Cour de cassation en 1996, puisqu'elle a estimé que de toute façon ce rapport pouvait être présenté oralement et que rien ne démontrait qu'il ne l'avait pas été (ce qui était une façon de présumer que la formalité avait été accomplie), et ce qu'a soutenu le gouvernement devant la Cour de Strasbourg en considérant que, puisque ce n'était pas une hypothèse dans laquelle le rapport était obligatoire, on pouvait même imaginer que le rapport n'ait pas été présenté à l'audience, mais qu'il ait été couvert par le secret du délibéré. Je crois que vous aviez fait une demande de communication du rapport qui a été rejetée par le tribunal au nom du respect

de ce secret du délibéré. Personnellement, et c'est ce que j'ai essayé de démontrer, je crois que la confusion la plus grande règne sur la question de savoir quand le rapport est obligatoire ou non. Je suis tout à fait d'accord avec vous.

La critique qu'il faut adresser, au-delà du cas particulier de l'affaire *Morel*, c'est une critique du droit français. La jurisprudence décide qu'en toute hypothèse (article 36 ou autre), le rapport peut être présenté oralement à l'audience, mais encore faudrait-il s'assurer que ce rapport a été présenté et qu'il y a effectivement un débat contradictoire sur le rapport. Je n'arrive pas à comprendre comment on peut tolérer que la loi impose un rapport sans permettre le contrôle du respect de cette formalité par le juge d'appel, et même, pourquoi pas, la Cour de cassation si elle était saisie de cette question précise de la forme en laquelle le rapport doit être présenté. Il y a une atteinte au principe de contradiction, et je suis tout à fait d'accord avec vous. Pour ce qui est de l'impartialité subjective, là je n'ai absolument rien à dire, puisque cela dépend de faits qui échappent à ma connaissance.

Michèle DUBROCARD

Je voudrais apporter quelques précisions concernant cette affaire. J'étais moi-même présente à l'audience. C'est un dossier que j'ai personnellement suivi dans les services de l'agent du gouvernement, en collaboration d'ailleurs étroite avec le ministère de la Justice. Il n'y a pas eu de « coup » de la part de l'agent du gouvernement à l'audience mais tout simplement, vous venez de le dire, les faits étaient extrêmement complexes. Il était très difficile de comprendre les tenants et les aboutissants de l'affaire, et nous avons pensé avec toute notre conscience, *in fine*, qu'en réalité l'explication à cette confusion résultait effectivement d'une erreur commise par les rédacteurs du jugement du tribunal de commerce. Il nous a semblé que tout prenait un sens plus éclairé, dès lors qu'on s'appuyait sur l'article 61 et non plus sur l'article 36. Je vous laisse maintenant libres de penser le contraire, et de considérer qu'en réalité c'était bien l'article 36 qui s'appliquait, mais nous avons pensé, nous, *in fine*, après avoir vu et revu l'affaire, au moment de l'audience, que c'était l'explication la plus plausible. Il n'y a donc pas eu de recherche délibérée de faire un « coup » ou un « effet de manche » à l'audience. Pas du tout. A nous-mêmes notre vérité nous est apparue très tardivement. Par ailleurs, je rappellerai qu'à l'audience devant la Cour européenne des droits de l'Homme, on laisse toujours la possibilité aux parties de répliquer aux arguments de l'adversaire.

Le champ d'application de l'article 6 CEDH en matière d'éloignement des étrangers

Le cas de l'interdiction du territoire : l'affaire Maaouia (5 octobre 2000)

par

Gilbert BITTI

Service des affaires européennes et internationales, ministère de la Justice
Conseil du Gouvernement devant la Cour européenne des droits de l'Homme

Au ministère de la Justice nous sommes chargés des affaires judiciaires et nous préparons les mémoires pour le ministère de la Justice. Ces mémoires sont ensuite envoyés au ministère des Affaires Etrangères qui est l'agent du gouvernement français, le ministère de la Justice ayant la qualité de conseil.

Introduction

• Faits et procédure devant les juridictions internes

Le requérant, M. Nouri Maaouia est un citoyen tunisien né le 1^{er} mai 1958 en Tunisie. Il vit en France depuis 1980.

Le 1^{er} décembre 1988, il est condamné par la Cour d'assises des Alpes-Maritimes à la peine de six années de réclusion criminelle pour vol avec arme et violences volontaires avec arme suivies d'une incapacité supérieure à huit jours, pour des faits remontant à 1985. Il est mis en liberté le 14 avril 1990.

Le 8 août 1991, le Ministre de l'Intérieur prend un arrêté d'expulsion à l'encontre de M. Maaouia, en se fondant sur l'avis favorable de la Commission prévue à l'article 24 de l'ordonnance de 1945 rendu le 30 janvier 1991, après avoir constaté que le requérant a commis un vol avec port d'arme et des violences volontaires à l'aide ou sous la menace d'une arme et que sa présence sur le territoire français constitue une menace grave pour l'ordre public.

Le 14 septembre 1992, le requérant se marie avec une ressortissante française, invalide à 80%. Celle-ci a la charge d'une petite fille abandonnée par sa mère et auprès de laquelle M. Maaouia joue un rôle important notamment d'un point de vue financier.

Le 7 octobre 1992, l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991 est notifié à M. Maaouia qui s'est rendu à la Préfecture des Alpes Maritimes pour solliciter la régularisation de sa situation. Cette notification est suivie d'une sommation d'embarquer pour la Tunisie le 9 octobre 1992.

Le 9 octobre 1992, présenté à l'embarquement d'un vol à destination de Tunis, le requérant refuse de se soumettre à l'exécution de l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991.

Ces faits vont en fait entraîner de multiples contentieux que l'on va ici résumer du fait de leur complexité.

Le refus de M. Maaouia d'embarquer dans le vol à destination de Tunis entraîne des poursuites pénales à son encontre pour soustraction à l'exécution d'un arrêté d'expulsion. Le 19 novembre 1992, le tribunal correctionnel de Nice le condamne à un an d'emprisonnement ferme et à dix ans d'interdiction du territoire français pour s'être soustrait à l'exécution de l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991. C'est cette condamnation à dix ans d'interdiction du territoire français qui va donner lieu au contentieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme. M. Maaouia et le ministère public interjettent appel de ce jugement devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence respectivement les 23 et 25 novembre 1992.

Remis en liberté par cette Cour d'appel le 23 mars 1993, M. Maaouia soutient à l'audience du 5 avril 1993 qu'il est marié à une ressortissante française, que sa femme souffre d'un grave état dépressif et qu'il a reconnu sa petite fille âgée de 4 ans, actuellement confiée à sa grand-mère.

Par arrêt du 7 juin 1993, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, après avoir relevé que le requérant « reconnaît n'avoir pas ignoré que la commission spéciale des expulsions des étrangers s'était réunie le 30 janvier 1991 sur son cas », confirme le jugement du tribunal correctionnel de Nice et décerne mandat de dépôt à son encontre.

Le 9 juin 1993, M. Maaouia forme un pourvoi en cassation à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. Par arrêt du 1^{er} juin 1994, la Cour de cassation rejette le pourvoi du requérant au motif « qu'il ne résulte ni du jugement entrepris ni d'aucunes conclusions régulièrement déposées, que M. Maaouia ait, devant les premiers juges, avant toute défense au fond, présenté une exception d'illégalité visant l'arrêté d'expulsion pris contre lui ».

Entre-temps, par ordonnance du 27 août 1993, le président du Tribunal de grande instance, saisi par le Préfet des Bouches-du-Rhône, constatant que la condamnation pénale qui a conduit au prononcé de l'interdiction du territoire du requérant a fait l'objet d'un pourvoi toujours pendan devant la Cour de cassation et que le tribunal administratif est d'autre part saisi d'une requête en annulation de l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991, assigne M. Maaouia à résidence.

En effet, le 7 décembre 1992, le greffe du tribunal administratif de Nice a enregistré une requête présentée au nom de M. Maaouia, tendant à l'annulation de l'arrêté d'expulsion pris par le Ministre de l'Intérieur le 8 août 1991.

Par jugement du 14 février 1994, le tribunal administratif annule l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991 au motif « qu'aux termes de l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France l'expulsion peut être prononcée par arrêté du ministre de l'intérieur si la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public ; que d'après l'article 24 de la même ordonnance l'expulsion ne peut être prononcée que si l'étranger a été préalablement avisé et s'il a été convoqué par une commission siégeant sur convocation du préfet ; considérant que le requérant n'a jamais reçu la convocation devant la commission et qu'il n'a pu de ce fait être entendu par ladite commission ; considérant que mise en demeure de produire en défense par le président du tribunal administratif le 24 juin 1993, le ministre de l'intérieur n'a pas déféré à cette demande et est censé avoir acquiescé aux faits exposés par le requérant ; qu'ainsi faute pour l'administration d'avoir régulièrement convoqué M. Maaouia devant ladite commission le requérant a été privé de la possibilité de présenter ses arguments, qu'ainsi l'arrêté en date du 8 août 1991 du ministre de l'intérieur est entaché d'un vice de procédure et doit de ce fait être annulé ».

Le 14 mars 1994, le jugement d'annulation de l'arrêté du 8 août 1991 est notifié au Ministre de l'Intérieur et à M. Maaouia.

Fort du jugement du Tribunal administratif de Nice, le conseil de M. Maaouia saisit le 12 août 1994 le Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence d'une requête en relèvement de l'interdiction du territoire national pour dix ans, prononcée par le tribunal correctionnel de Nice le 19 novembre 1992, faisant valoir notamment qu'il est marié à une française. C'est la longueur de cette procédure en relèvement du territoire français qui va être mise en cause devant la Cour européenne.

En effet, par courrier du 6 juillet 1995, le conseil de M. Maaouia rappelle au Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence les termes de sa demande en relèvement de l'interdiction du territoire présentée dans sa requête du 12 août 1994 et sollicite l'audience de l'affaire.

Par courrier du 12 juillet 1995, le Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence sollicite du procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nice qu'il lui communique son avis sur le mérite de la requête de M. Maaouia tendant au relèvement de son interdiction du territoire national et qu'il lui fasse parvenir les renseignements utiles sur la situation actuelle de ce dernier, ainsi que toutes observations de nature à permettre à la cour d'apprécier la suite à donner à cette demande. Le même jour, le Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence informe le conseil de M. Maaouia de son intention d'adresser sans délai un rappel aux autorités administratives concernant l'enquête sur la situation de son client et de l'aviser rapidement de la date d'audience.

Le 19 septembre 1995, à la suite des instructions du procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nice, en date du 20 juillet 1995, l'adjoint administratif du commissariat central de Nice fait parvenir les résultats de l'enquête effectuée au sujet de M. Maaouia.

Le 9 octobre 1997, le conseil du requérant adresse un nouveau courrier au Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence lui rappelant d'une part, le préjudice subi par M. Maaouia qui se voit refuser la régularisation de sa situation du fait de l'existence de l'interdiction du territoire national et, d'autre part, les démarches effectuées ces deux dernières années aux fins de voir l'affaire enfin audience. Il sollicite à nouveau l'audience de l'affaire.

Le 17 octobre 1997, le Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence sollicite de la direction de la réglementation de la police générale à Nice son avis sur le mérite de la requête introduite par M. Maaouia le 12 août

1994. Par courrier du 27 octobre 1997, le Préfet des Alpes Maritimes, répondant à cette demande, fait savoir au Procureur général que M. Maaouia était inconnu de ses services.

Par courrier du 3 novembre 1997, le Procureur général près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence fait savoir au conseil de M. Maaouia que l'affaire est appelée à l'audience du 26 janvier 1998. Le même jour, il sollicite du Préfet des Alpes Maritimes son avis sur le mérite de la requête de M. Maaouia et dépose ses réquisitions en faveur du relèvement de l'interdiction du territoire national.

Le 6 novembre 1997, le Procureur général demande au greffier du tribunal administratif de Nice de lui confirmer le caractère définitif de la décision du 14 février 1994 portant annulation de l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991.

Par courrier du 13 novembre 1997, le Préfet des Alpes Maritimes en réponse à la sollicitation du Procureur général du 3 novembre 1997, fait savoir qu'il est favorable au maintien de la mesure d'interdiction du territoire, compte tenu des faits qui l'ont motivée, à savoir la soustraction à l'exécution de l'arrêté d'expulsion.

Le 25 novembre 1997, le greffier du tribunal administratif de Nice confirme le caractère définitif du jugement du 14 février 1994.

Le 7 janvier 1998, le conseil de M. Maaouia dépose au greffe de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence ses conclusions en vue de l'audience du 26 janvier 1998.

Par arrêt du 26 janvier 1998, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence fait droit à la demande du requérant et ordonne le relèvement de l'interdiction du territoire, aux motifs que par jugement définitif du 14 février 1994, le Tribunal administratif de Nice a annulé l'arrêté d'expulsion du 8 août 1991.

Le requérant va également déposer de nombreuses demandes et recours devant le Préfet des Alpes Maritimes et le Tribunal administratif de Nice aux fins d'obtenir la régularisation de sa situation. Celle-ci n'interviendra qu'au mois de juillet 1998.

Il dépose également le 19 juillet 1994 une demande en révision de l'arrêt du 7 juin 1993 de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui sera accueillie le 19 février 1996 par la commission de révision des condamnations pénales mais finalement rejetée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, siégeant comme cour de révision, le 28 avril 1997.

• Procédure devant les organes de Strasbourg

Dès le 30 décembre 1997, le requérant a introduit devant la Commission européenne des droits de l'Homme, en application de l'ancien article 25 de la Convention, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du Protocole n° 11, une requête contre la France, estimant que sa cause n'avait pas été entendue dans un délai raisonnable.

Cette requête a été transmise à la Cour européenne le 1^{er} novembre 1998, date d'entrée en vigueur du Protocole n° 11, en application de l'article 5 paragraphe 2 de ce Protocole, et a été distribuée à la troisième Chambre de la Cour européenne. Par une décision du 12 janvier 1999, celle-ci a, à l'unanimité, décidé d'ajourner l'examen du grief concernant la durée de la procédure en relèvement de l'interdiction du territoire français et déclaré la requête irrecevable pour le surplus.

Il convient de souligner que dans ses observations, le Gouvernement français a soulevé à titre principal l'irrecevabilité *ratione materiae* de la requête présentée par M. Maaouia, en raison de l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme aux procédures en relèvement de l'interdiction du territoire national. En revanche, en ce qui concerne la durée de cette procédure, le Gouvernement n'a pas contesté son caractère excessif, s'en remettant ainsi « à la sagesse de la Cour » sur le fond du grief. Ainsi, la seule question débattue dans cette affaire était l'applicabilité de l'article 6.

Eu égard à l'importance de la question, et sans doute aussi à la nécessité pour la nouvelle Cour de fixer rapidement sa jurisprudence sur ce point, la troisième Chambre a décidé le 1^{er} février 2000 de se dessaisir de l'affaire au profit de la Grande Chambre de la Cour européenne, aucune des deux parties ne s'y étant opposée conformément à l'article 30 de la Convention. La Grande Chambre a rendu sa décision finale sur la recevabilité le 22 mars 2000, déclarant à l'unanimité la requête recevable, tous moyens de fond réservés, y compris bien entendu la question de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention.

Par courrier du 13 avril 2000, le Gouvernement a sollicité une audience dans cette affaire en application de l'article 59 paragraphe 2 du Règlement intérieur de la Cour. Cette audience a eu lieu le 5 juillet 2000. Par arrêt du 5 octobre 2000, la Grande Chambre de la Cour européenne, par 15 voix contre 2, a décidé que l'article 6 de la Convention

n'était pas applicable. La motivation de l'arrêt semble avoir donné lieu à une discussion difficile entre les juges puisque 5 juges faisant partie de la majorité ont cependant voulu exprimer leur opinion de manière séparée.

L'applicabilité de l'article 6 étant le seul problème soulevé en l'espèce, on s'interrogera successivement sur le fait de savoir si la procédure en relèvement du territoire français pouvait être considérée comme impliquant une décision sur des droits et obligations de caractère civil (I) ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale (II).

I • Droits et obligations de caractère civil

Il n'était pas contestable, et le Gouvernement français ne le contestait d'ailleurs pas, qu'il existait en l'espèce une contestation qui portait sur un droit. Ceci est une condition *sine qua non* de l'application de l'article 6 (dans son volet « civil »)¹. En l'espèce, d'une part il existait bien une contestation puisque le requérant estimait que compte tenu de l'annulation de l'arrêt d'expulsion, sa condamnation pénale à une interdiction du territoire français pour insoumission à cet arrêt était infondée, d'autre part cette contestation portait sur un droit, puisqu'en application des articles 702-1 et 703 du Code de procédure pénale, le requérant avait effectivement le droit de demander le relèvement de son interdiction du territoire.

Toute la question portait sur le caractère civil du droit en cause. En effet, pour que l'article 6 de la convention soit applicable, il fallait démontrer que la procédure était déterminante pour un droit de caractère civil et non pas simplement qu'elle pouvait avoir des répercussions sur un tel droit².

Le Gouvernement français, rappelant la jurisprudence constante de la Commission européenne des droits de l'Homme, soutenait que les procédures relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers échappaient au champ d'application de l'article 6 de la Convention, dans son volet civil, puisque les actes contestés à l'occasion de telles procédures étaient des actes régis par le droit public et manifestaient l'exercice de prérogatives de puissance publique³. Et même si le requérant faisait valoir que la contestation relative à son éloignement comportait des conséquences quant au respect de l'un de ses droits de caractère civil, à savoir le droit au respect de sa vie familiale, les dispositions de l'article 6 de la Convention ne pouvaient être tenues pour applicables⁴.

En l'espèce, en introduisant une demande en relèvement de sa condamnation à une interdiction du territoire, le requérant sollicitait essentiellement des juridictions répressives qu'elles reviennent sur la sanction initiale qu'elles avaient prononcée : le simple fait que la mesure d'interdiction du territoire, et donc son éventuel relèvement, pouvait avoir des conséquences sur sa vie familiale, ne pouvait conduire la Cour européenne à conclure que l'objet principal de la procédure revêtait un caractère civil.

L'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour européenne sur ce point est intéressant à un double titre : il permet tout d'abord de voir comment la nouvelle Cour tente d'affirmer sa « différence » par rapport aux « anciens » organes de la Convention européenne, à savoir l'ancienne Cour et la défunte Commission européenne ; il permet ensuite de voir les faiblesses de la motivation de la Cour européenne qui marque sa différence de manière maladroite.

Les paragraphes 34 et 35 de l'arrêt contiennent ici deux réflexions intéressantes qui démontrent que la nouvelle Cour européenne permanente veut exercer un droit d'inventaire sur la jurisprudence que les organes de Strasbourg ont constitué pendant plus de 40 années. Tout d'abord au paragraphe 34, la nouvelle Cour rappelle la jurisprudence traditionnelle de l'ancienne Cour sur l'autonomie des notions de « droits et obligations de caractère civil » ou « bien-fondé d'une accusation pénale » pour conclure par cette phrase « *la Cour confirme cette jurisprudence en l'espèce* ». On ne peut pas être plus clair mais en revanche on peut se demander d'où la nouvelle Cour européenne tire ce droit d'inventaire qu'elle s'octroie et qui n'est pas sans créer une certaine incertitude juridique : faudra-t-il attendre des confirmations sur tous les arrêts rendus par l'ancienne Cour européenne ? Il aurait été sans doute plus judicieux de faire évoluer la jurisprudence de l'ancienne Cour européenne, sans affirmer haut et fort cette volonté de s'affranchir du passé.

¹ La jurisprudence constante de la Cour européenne précise que l'article 6 ne trouve à s'appliquer que si l'on se trouve en présence d'une contestation relative à un droit de caractère civil que l'on peut dire, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne (voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *ZANDER C/ SUEDE* du 25 novembre 1993, série A n° 279, p. 38 § 22 et *NEIGEL C/ FRANCE* du 17 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, p. 409, § 38).

² Dans sa jurisprudence, la Cour européenne précise en effet que « *les mots contestations sur des droits et obligations de caractère civil couvrent toute procédure dont l'issue est déterminante pour de tels droits et obligations*. L'article 6 paragraphe 1 ne se contente pas pourtant d'un lien ténu ou de répercussions lointaines : des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet – ou l'un des objets – de la contestation, l'issue de la procédure être directement déterminante pour un tel droit » (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *PUDAS C/ SUEDE* du 23 octobre 1987, série A n° 125, p. 14, § 27).

³ Voir en ce sens, parmi beaucoup d'autres, Commission européenne des droits de l'Homme, décision du 19 mars 1981, requête n° 8118/77, D et R 25, p. 105).

⁴ Commission européenne des droits de l'Homme, *UPDAL C/ ROYAUME-UNI*, décision du 2 mai 1979, requête n° 8244/78, D et R 17, p. 149).

Par ailleurs, on semble détecter une véritable méfiance à l'égard de la Commission européenne puisque d'emblée au paragraphe 35, il est précisé que la Cour ne s'est jamais prononcée sur la question de l'applicabilité de l'article 6 paragraphe 1 aux procédures d'expulsion d'étrangers. Suit cette petite phrase assassine : « La Commission, quant à elle (!), a toujours considéré que la décision d'autoriser ou non un étranger à rester dans un pays dont il n'est pas ressortissant n'impliquait aucune décision sur ses droits et obligations de caractère civil ni sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention ». La Cour européenne ne reprend pas dans ce paragraphe la motivation de la Commission européenne, pour la bonne et simple raison que dans les paragraphes 36 à 38 de son arrêt, la Cour européenne décide de justifier sa décision par une motivation bien différente et de notre point de vue bien moins convaincante que celle de la défunte Commission européenne des droits de l'Homme.

En effet, pour la nouvelle Cour européenne, la raison de la non-application de l'article 6 paragraphe 1 ne réside pas dans le fait que les mesures d'éloignement des étrangers relèvent de l'exercice de prérogatives de puissance publique, mais dans le fait qu'en adoptant 34 ans après l'article 6 de la Convention, l'article 1^{er} du Protocole n° 7¹, les Etats ont ainsi voulu restreindre le champ d'application de l'article 6, ce qui est pour le moins une drôle de façon de vouloir adopter de nouvelles mesures visant à assurer la garantie collective des droits de l'Homme si l'on en croit le préambule de ce Protocole n° 7.

Il est en effet incompréhensible de vouloir justifier une restriction au champ d'application d'un article de la Convention par un texte bien postérieur à la Convention et qui en vertu de son propre article 7 constitue des articles additionnels à la Convention. C'est ce qu'affirme le Juge LOUCAIDES dans son opinion dissidente : « *Les Protocoles ajoutent aux droits des individus. Ils ne les restreignent pas ni ne les abolissent* ».

On ne peut qu'approuver cette opinion empreinte d'une logique évidente. Il est regrettable que la nouvelle Cour européenne ait manifestement voulu ici faire preuve d'originalité vis-à-vis de la jurisprudence fournie de la Commission européenne. Il est encore plus regrettable qu'elle ait voulu exercer son droit d'inventaire à l'égard de l'ancienne Cour européenne en contredisant la jurisprudence *BURGHARTZ*. Dans cette affaire, le Gouvernement suisse contestait notamment l'applicabilité de l'article 8 de la Convention au motif que depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 7, l'article 5 de ce Protocole, relatif à l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre époux, régirait seul, en qualité de *lex specialis*, l'égalité de ceux-ci dans le choix de leur nom. La Cour européenne a répondu très sèchement à cette argumentation par une motivation de principe parfaitement justifiée :

« la Cour souligne qu'en vertu de l'article 7 du Protocole n° 7, l'article 5 s'analyse en une clause additionnelle à la Convention et en particulier aux articles 8 et 60. Par conséquent, il ne saurait se substituer à l'article 8 ni en réduire la portée² ».

Il aurait été préférable que la nouvelle Cour européenne des droits de l'Homme reprenne la jurisprudence de la Commission européenne et affirme que les mesures relatives à la police des étrangers ne relèvent pas de la matière civile au sens de l'article 6 de la Convention, puisqu'il s'agit de l'exercice de prérogatives de puissance publique plutôt que d'adopter une jurisprudence qui n'a guère de sens et qui fait jouer aux Protocoles un rôle contre-productif totalement contraire à leur vocation. C'est une arme donnée aux Etats pour combattre l'évolution progressive de l'interprétation donnée aux articles de la Convention par la jurisprudence de Strasbourg. On va voir que la motivation relative à la matière pénale n'est guère plus convaincante.

II • Le bien-fondé d'une accusation en matière pénale

Sur ce point, le Gouvernement français présentait une double argumentation portant d'abord sur la nature de la mesure d'interdiction du territoire français, puis sur la décision prise par le juge en l'espèce, s'agissant d'une requête en relèvement de la peine d'interdiction du territoire français.

En premier lieu donc, le Gouvernement rappelait que la Commission européenne des droits de l'Homme avait considéré que tant une mesure d'expulsion¹ qu'une mesure d'interdiction du territoire² ne constituait pas une peine.

¹ Le Protocole n° 7 a été adopté le 22 novembre 1984. Son article 1^{er} est ainsi rédigé :

« 1. Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir :

- a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion,
- b) faire examiner son cas, et
- c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

2. Un étranger peut être expulsé avant l'exercice des droits énumérés au paragraphe 1.a,b et c de cet article lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale ».

² Affaire *BURGHARTZ C/ SUISSE*, arrêt du 24 janvier 1994, affaire n° 49/1992/394/472/, § 22 et 23.

En effet, dans l'affaire *GIUSEPPE RENNA*, le requérant, qui avait été condamné par les juridictions pénales, pour trafic de stupéfiants, à une peine d'emprisonnement assortie d'une interdiction définitive du territoire français, invoquait les dispositions de l'article 7 de la Convention, relatives à la non-rétroactivité de la loi pénale. Dans sa décision la Commission européenne a affirmé que « selon sa jurisprudence, la mesure d'expulsion consistant dans l'interdiction définitive du territoire français doit être assimilée à une mesure de police à laquelle le principe de non-rétroactivité énoncé à l'article 7 de la Convention ne s'applique pas ». Elle a ajouté « qu'une mesure d'expulsion peut être prise non seulement à la suite d'une condamnation pénale mais également comme mesure administrative à l'encontre de personnes dont la présence sur le territoire n'est pas souhaitable » pour conclure que l'article 7 de la Convention n'était pas applicable à un tel litige et déclarer le grief irrecevable.

De manière logique, le Gouvernement français plaidait donc que dans la mesure où les contours de la matière pénale étaient nécessairement identiques, qu'il s'agisse d'appliquer les dispositions de l'article 7 ou celles de l'article 6, la solution dégagée dans l'affaire *GIUSEPPE RENNA* devait valoir dans l'affaire *MAAOUIA* et donc conduire la Cour européenne à considérer que l'article 6 paragraphe 1 ne pouvait s'appliquer à une telle mesure de police des étrangers.

En second lieu, et de manière nettement plus convaincante, le Gouvernement rappelait que selon la jurisprudence constante des organes de Strasbourg, les termes « décider du bien-fondé d'une accusation en matière pénale » visent un processus complet d'examen de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu accusé d'une infraction³.

Or en l'espèce, la demande en relèvement de l'interdiction du territoire national ne permettait pas de discuter le bien-fondé d'une accusation en matière pénale puisqu'elle portait non pas sur la sanction elle-même mais sur son exécution⁴. Et en conséquence, la juridiction saisie, à savoir la Cour d'appel d'Aix-en-provence, ne s'était nullement prononcée sur la culpabilité de M. Maaouia quant au délit de soustraction à l'exécution d'une mesure d'expulsion, mais avait simplement examiner la possibilité de dispenser l'intéressé de l'exécution de la peine d'interdiction du territoire. Il suffisait d'ailleurs de noter que le requérant n'avait plus la qualité d'accusé à l'époque de l'introduction de sa requête, puisqu'il avait fait l'objet d'une condamnation définitive. Le caractère définitif de cette condamnation était d'ailleurs une condition nécessaire pour l'introduction de la demande.

Il en résultait logiquement que la procédure de relèvement de l'interdiction du territoire portait sur l'exécution de la sanction et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale, l'article 6 étant en conséquence inapplicable dans son volet pénal.

C'est malheureusement la première partie du raisonnement que la Cour européenne va retenir en précisant qu'à ses yeux une peine d'interdiction du territoire français ne devait pas être considéré comme une peine. Et de manière plus surprenante encore, la Cour européenne va utiliser l'argument du droit comparé en retenant que l'interdiction du territoire n'est en général pas une peine dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

Là encore la motivation retenue par la Cour européenne nous paraît très déficiente : il n'y a aucune logique à dépénaliser arbitrairement pour la soustraire à la protection de la Convention, une mesure d'interdiction du territoire qui en droit français est à l'évidence une peine, et plus précisément une peine complémentaire facultative⁵.

Le but de la Convention, dont le préambule rappelle « la conception commune et le commun respect des droits de l'Homme des Etats membres », mais aussi « leur patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit », est très certainement d'assurer un standard minimal commun qui empêche les Etats membres, en dépénalisant certaines infractions, de soustraire ainsi certaines mesures aux garanties de l'article 6 de la Convention. L'article 53 de la Convention issu du Protocole n° 11 réaffirme cette idée que la Convention constitue un minimum et non un maximum. Et il est très certainement légitime de recourir au droit comparé pour fixer ce standard minimal commun : en revanche, le recours au droit comparé pour soustraire à la protection de l'article 6 le prononcé d'une mesure qui devrait en bénéficier eu égard à la qualification qu'elle reçoit en droit interne nous paraît contraire à une protection efficace des droits de l'Homme. L'autonomie des notions « d'accusation en matière pénale » et de

¹ En effet l'expulsion ne constitue en aucune façon une sanction infligée à l'intéressé (décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 17 décembre 1976, *AGEE C/ ROYAUME-UNI*, requête n° 7729/76, D et R 7, p. 164 ; décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 15 mai 1984, *LORENZO BOZANO C/ FRANCE*, requête n° 9990/82, D et R 39, p. 119).

² Décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 26 février 1997, requête n° 32809/96, *GIUSEPPE RENNA C/ FRANCE*.

³ Décision de la Commission européenne des droits de l'Homme du 15 décembre 1983, *H.C. C/ ESPAGNE*, requête n° 10227/82, D et R 37, p. 95).

⁴ La Commission européenne des droits de l'Homme avait d'ailleurs déjà admis un tel raisonnement dans l'affaire *MOHAMED DEMRAOUI C/ FRANCE*, décision du 6 décembre 1991, requête n° 16725/90.

⁵ Voir sur ce point la circulaire du 14 mai 1993 sur le nouveau Code pénal. Sur la distinction entre peine complémentaire et peine facultative, voir Jean-Claude SOYER, *Droit pénal et Procédure Pénale*, 14^{ème} édition, L.G.D.J 1999, n° 356 et 357.

« droits et obligations de caractère civil » devrait conduire à fixer ce standard minimal commun mais certainement pas à dépénaliser au regard de la Convention ce qu'un Etat a décidé de soumettre à son empire, même s'il n'y était pas obligé.

Il eût été bien préférable, comme le relève le Juge Costa dans son opinion concordante, que la Cour retienne le second argument développé par le Gouvernement français, à savoir que la procédure de relèvement de l'interdiction du territoire portait sur l'exécution de la peine et non sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale.

L'explication du choix de cette motivation paraît cependant simple même s'il est très insatisfaisant : le but de la nouvelle Cour européenne, réunie en Grande Chambre, était bien plus global que de statuer sur la seule requête de M. Maaouia et le paragraphe 40 qui contient sa conclusion est très éclairant ; la Cour y déclare très simplement et de manière générale que « *les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers* » ne relèvent pas de l'article 6 de la Convention. On y comprend la volonté de la Cour d'expulser de son contentieux toute la police des étrangers, contentieux à la fois très sensible pour les Etats, mais aussi contentieux qui aurait pu devenir un contentieux de masse, propre à effrayer une Cour européenne dont la réforme n'a pas permis de trouver une solution aux milliers de requêtes qui s'accumulent, à un rythme encore plus élevé que devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme.

Conclusion

On ne peut que regretter la motivation de la nouvelle Cour européenne dans cette affaire qui apparaît trop souvent déficiente. Or il ne faudrait pas que la Cour européenne oublie que si elle juge les juridictions internes sur leur motivation, c'est aussi sur sa motivation qu'elle est et sera jugée. On peut certes comprendre la difficulté d'un délibéré à 17 juges dont les cultures juridiques sont très diverses, sans oublier les difficultés linguistiques.

Cette difficulté est sans doute à l'origine d'une motivation minimale et parfois trop générale, le « compromis » entre les juges étant manifestement obtenu sur une motivation a minima.

Mais les juges de la nouvelle Cour européenne auraient sans doute tort d'ignorer qu'ils risquent, en cédant à cette difficulté, de mettre en cause toute l'autorité de la Cour européenne...et l'enjeu est trop crucial pour parvenir à un résultat aussi désastreux. Il serait bon de méditer sur cette intéressante réflexion d'un haut magistrat français : « la cause principale de disparition des organisations internationales, c'est le suicide ».

Michele DE SALVIA

Il s'agit d'une affaire pour laquelle une des Chambres s'est dessaisie pour la Grande Chambre. Etant donné que j'ai signé l'arrêt, je voudrais donner quelques précisions. Il y a trois domaines, mais je ne peux pas confirmer ou infirmer, dans lesquels la nouvelle Cour semble s'être posée des questions. Tout d'abord celui de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures d'expulsion, relèvement, etc. et d'extradition aussi ; ensuite celui de l'applicabilité de l'article 6 aux procédures fiscales, et une affaire est pendante ; enfin l'applicabilité de l'article 6 et les modalités d'application de l'article 6 au contentieux de la fonction publique. Dans cette affaire, ce que l'on peut relever, c'est qu'il y avait une jurisprudence constante de la Commission et c'est sur cette base que les travaux préparatoires du Protocole numéro 7 ont été conçus et que les Etats se sont décidés.

Les Etats ont donc été amenés à prévoir l'article 1 du Protocole numéro 7 en partant de cette interprétation de la Commission, ce qui pose au demeurant un autre problème, celui de « l'effet pervers » que peuvent avoir les Protocoles additionnels de façon à exclure l'applicabilité de la Convention. Le plus bel exemple a été celui du Protocole numéro 4, qui n'a pas été ratifié par le Royaume-Uni, relatif à la libre circulation des personnes et notamment des nationaux. Dans les années 70, il y a eu des milliers d'affaires présentées à la Commission par des porteurs de passeports britanniques : les Asiatiques de l'Est africain qui étaient plus ou moins contraints par la politique d'africanisation à quitter le pays, mais qui ne pouvaient pas entrer sur le territoire du pays dont ils avaient le passeport, et le gouvernement britannique a dit à la Cour : mais il y a eu un Protocole numéro 4 qui garantit ce droit, et cela veut dire qu'il n'est pas garanti par la Convention. Là, il y a eu une parade de la Commission qui a dit : c'est vrai, mais je considère que c'est un traitement dégradant, et donc elle a constaté une violation de la Convention.

Liberté de religion et abattage rituel de la viande

L'arrêt Cha'are Shalom Ve Tsedek c/ France du 27 juin 2000

par

Patrice **ROLLAND**

Professeur à l'Université de Paris XII (Saint-Maur)

Parce que l'abattage rituel israélite déroge aux règles ordinaires en cette matière, il est soumis en France à un agrément ministériel. Celui-ci est accordé de fait à une association, l'ACIP, qui regroupe une grande majorité de la communauté juive. L'association requérante qui pratique l'abattage rituel de la même façon que l'ACIP, entend cependant le faire elle-même au motif que cette dernière n'a pas les mêmes exigences de contrôle *post mortem* et qu'ainsi la viande qu'elle atteste n'est pas "*glatt*". C'est le refus d'agrément, dont la légalité a été reconnue par le juge administratif, que l'association requérante a porté devant la Cour

La décision rendue par la Cour, en Grande Chambre, se présente de façon très classique quant à la structure du raisonnement. Après avoir estimé qu'il n'y avait pas d'ingérence, la Cour a considéré que la discrimination n'était pas établie. Ce faisant, la décision prend le contre-pied de l'avis de la Commission qui, dans son rapport du 20 octobre 1998, avait à une très large majorité (14 voix contre 3) estimé qu'il y avait eu une discrimination. Quant à la minorité de la Cour, elle s'est renforcée pour estimer qu'il y avait une violation de l'article 14 : le refus de reconnaître une ingérence étant acquis par 12 voix contre 5 et celui de la discrimination par 10 voix contre 7. Mais alors que la Commission avait exclusivement examiné la question de la discrimination sans se demander s'il y avait eu une ingérence, la Cour va prendre la question depuis le départ. Estimant que le mécanisme de l'agrément en vue de pratiquer l'abattage rituel ne constituait pas une ingérence, elle en déduit qu'il n'y a pas à rechercher la légitimité des motifs de la décision administrative de refus d'agrément. Sans être tout à fait conséquente avec son raisonnement principal, la Cour envisagera cependant le cas où il y aurait, malgré tout, ingérence, pour répondre de sa légitimité au regard des principes de la Convention (§ 84). Il n'y a pas non plus de violation de l'article 14 car la différence de traitement est de faible portée et que, si elle existait, elle serait objective et raisonnable.

Il y a donc une véritable discussion sur le problème de la discrimination. La façon dont la Cour élargit l'approche de l'affaire l'a conduit à dégager quelques principes généraux sur les rapports de l'État et des religions. Au-delà des considérations de fait liées à l'affaire, il est donc possible de s'interroger principalement sur trois questions : se demander s'il y a une ingérence conduit à examiner le rapport entre la liberté religieuse et la neutralité de l'État ; se demander s'il y a discrimination exige qu'on s'interroge sur le pluralisme (religieux) et ses éventuelles limites ; toutes ces réponses sont elles-mêmes commandées par la conception que se fait la Cour de l'étendue de son contrôle juridictionnel.

Y a-t-il eu une ingérence ? : liberté religieuse et neutralité de l'État

À cette question correspondent trois attitudes différentes : la Commission ne l'a même pas soulevé ; la Cour a estimé qu'il n'y avait pas eu d'ingérence et que par conséquent le contrôle de sa légitimité du but de la mesure ne se posait pas (§ 84) ; la minorité de la Cour a considéré qu'il y avait eu ingérence du simple fait du refus d'agrément ce qui veut dire, à y regarder de plus près, qu'il y a ingérence du seul fait de la discrimination. Pour décider ou non de l'existence d'une ingérence, il fallait répondre à deux questions sous-jacentes.

La liberté religieuse et la neutralité de l'État exigent-elles une abstention de ce dernier ?

Pour comprendre les indications que donne la Cour, il est nécessaire de partir d'une question plus générale : pourquoi faudrait-il un agrément plutôt qu'un libre accès aux abattoirs (dans le respect des règles d'hygiène et de fonctionnement du service public) ? Autrement dit, l'abstention de l'État ne serait-elle pas la meilleure garantie de cette neutralité religieuse que la France invoque par ailleurs à juste titre ? La Cour rappelle à cette occasion un certain nombre de principes qui sont autant d'éléments de réponse à cette question.

Une action positive de l'État, plutôt qu'une abstention ou une ignorance, peut bien mieux conduire à une garantie effective de la liberté religieuse. La Cour note, par exemple, que "le décret de 1980, loin de restreindre l'exercice de la liberté de religion, vise ... au contraire à en prévoir et en organiser le libre exercice" (§ 76). L'opinion dissidente

souligne son accord sur ce point. Contrairement aux apparences, le silence de la loi n'est pas nécessairement le meilleur moyen de respecter la liberté. De même, la Cour note qu'un régime dérogatoire, appelant donc un mécanisme d'agrément, peut avoir pour but de contribuer à l'intérêt général.

De façon plus générale, la Cour rappelle le principe selon lequel "l'organisation par l'État d'un culte concourt à la paix religieuse et à la tolérance" (§ 84). Aucune liberté ne peut se passer d'une organisation juridique et par là d'une intervention des pouvoirs publics. C'est à la lumière d'une telle constatation qu'il faut considérer les actions de l'État dans le domaine religieux.

Pour classique et justifié que soit le rappel de ces principes généraux, il n'indique pas concrètement et par soi quelles actions positives de l'État sont compatibles avec la liberté de l'individu et la neutralité de la puissance publique. Ainsi, une procédure d'agrément n'est pas en soi une ingérence puisqu'elle contribue à organiser cette liberté et donc à la faire exister ; mais la question subsiste entière de savoir quels peuvent être les conditions concrètes et les motifs légitimes de refus ou d'accord de l'agrément.

Qui fixe le contenu et les limites de la liberté religieuse ?

Cette question se situe elle-même à la croisée de deux problèmes : jusqu'où peut-on pousser la logique interne d'une liberté ? On pourrait, en effet, partant du principe du droit individuel, lui donner toute son extension. Ceci reviendrait à laisser le soin aux croyants d'établir toutes les conséquences qu'ils attachent à leur liberté religieuse et à voir celles-ci consacrées ou reconnues d'office par les pouvoirs publics : par exemple ici, procéder soi-même à un abattage rituel considéré comme plus orthodoxe que d'autres. Par ailleurs, la Cour a rappelé l'existence d'un principe de neutralité interdisant à l'État de porter des jugements sur les questions religieuses qui rejoint absolument l'un des aspects fondamentaux de la laïcité de l'État français invoquée à juste titre par le gouvernement : "Le droit à la liberté de religion tel que l'entend la Convention exclut toute appréciation de la part de l'État sur la légitimité des croyances religieuses ou sur les modalités d'expression de celles-ci." (*Manoussakis*, 26 septembre 1996, § 47). Comment peut-on combiner ce principe avec l'obligation d'un agrément pour accomplir un rite dont personne ne nie le caractère essentiel, ou avec celui d'une action ou décision des pouvoirs publics nécessitant qu'ils prennent parti dans des questions religieuses ? L'opinion dissidente insiste fortement sur ce point. À ses yeux, la priorité doit revenir, dans les missions de l'État, à l'organisation de la tolérance et au respect du pluralisme. Il ne s'agit pas de chercher à éviter un débat religieux (en donnant le pas à la majorité de la communauté sur la minorité), encore moins de prendre parti dans celui-ci. Ceci reviendrait à protéger un groupe contre un autre. Le principe essentiel, aux yeux de la minorité de la Cour, est donc qu'il faut laisser aux religieux le soin de juger de la gravité de l'ingérence dans leur droit. Concrètement, dans cette affaire, il s'agit de savoir dans quelle mesure il est possible de dissocier l'abattage de la fourniture de la viande rituelle et de considérer le second aspect comme accessoire et non couvert par la liberté religieuse.

La Cour répond à la question de savoir jusqu'où peut aller la liberté. Elle rappelle d'abord quelques principes généraux et fondamentaux concernant le contenu et l'extension de la liberté religieuse, droits qui ne posaient pas de problèmes dans le cas présent. Toute communauté de fidèles a droit à un statut juridique qui lui permette d'exercer les droits garantis au nom des fidèles (§ 72) ; elle doit donc, dans le cas présent, avoir le droit de contester le refus d'agrément (§ 74). C'est la consécration d'un droit à l'existence collective, et non seulement individuelle, d'une religion ou d'une conviction. La Cour rappelle, par ailleurs, ce que comprend le droit de manifester sa religion : le culte, l'enseignement, les rites, les pratiques. "Il n'est pas contesté que l'abattage rituel est un "rite", ... qui vise à fournir aux fidèles une viande provenant d'animaux abattus conformément aux prescriptions religieuses, ce qui représente un élément essentiel de la pratique de la religion juive" (§ 73). La Cour en déduit explicitement que ceci fonde un droit au recours sur le fondement de l'article 9 puisque "l'abattage rituel (doit) être considéré comme relevant d'un droit garanti par la Convention, à savoir le droit de manifester sa religion par l'accomplissement des rites.." (§ 74).

Sur le fondement de ces principes incontestables et qui ne faisaient pas l'objet de véritables problèmes dans cette affaire, la question se pose de savoir jusqu'où va la liberté religieuse et qui en détermine les contours exacts. En pratique, il faut se demander jusqu'où va le droit des croyants en ce qui concerne l'abattage rituel. La Cour reconnaît deux choses : l'abattage rituel est une manifestation essentielle de la liberté religieuse, mais le rite est suffisamment accompli dès lors qu'on peut se procurer de la viande rituelle "*glatt*" et il n'exige pas qu'on procède soi-même à l'abattage. La Cour prend donc parti sur le contour exact du rituel et accepte de juger de ce qui est encore attaché à la liberté religieuse et de ce qui n'en fait plus partie. Sans hésitation, elle tranche en considérant que la mesure qui interdit à l'association de procéder elle-même à l'abattage est moins importante que le fait de pouvoir s'en procurer : "... le droit à la liberté religieuse... ne saurait aller jusqu'à englober le droit de procéder personnellement à l'abattage rituel et à la certification qui en découle" (§ 82). La minorité considère au contraire que le juge n'a pas à se substituer à l'appréciation des fidèles dès lors qu'il s'agit de questions religieuses (op. diss. p. 27). Le gouvernement français ne veut pas s'immiscer dans une controverse dogmatique mais il accepte de donner priorité à l'interprétation d'une autorité religieuse (le Grand Rabbin de France) sur d'autres, ce qui revient à une immixtion de fait dans ce débat (§ 66). *Mutatis mutandis*, la même question se pose lorsque le gouvernement français qualifie de purement commerciale et financière l'activité de

l'association, alors qu'on pourrait aussi bien faire valoir que la taxe d'abattage constitue une partie importante des ressources qui permettent à l'association de soutenir ses activités religieuses.

Y a-t-il eu discrimination ? : le pluralisme et ses limites

Le respect du pluralisme est une obligation évidente rappelée depuis longtemps par la Cour comme conséquence du caractère démocratique de l'ordre européen institué par la Convention. La question précise est plutôt de savoir dans quelle mesure l'État est tenu de donner au pluralisme religieux la totalité de son extension et de ses moyens d'expression. Dans cette affaire, le point en débat était de savoir si l'État devait reconnaître les mêmes droits à la moindre communauté religieuse minoritaire ou dissidente par rapport à la communauté majoritaire. Le gouvernement invoquait ainsi son droit de juger de la représentativité d'une association au sein de la communauté juive et son droit d'éviter une multiplication des agréments dérogatoires.

Le pluralisme a-t-il des limites ?

L'obligation de pluralisme, dans ce contexte religieux, est renforcée par la neutralité de l'État. La Cour a d'ailleurs implicitement confirmé l'importance de ce pluralisme lorsqu'elle reconnaît le droit pour une "communauté de fidèles" de se constituer juridiquement (§ 72) et qu'elle admet qu'un organisme religieux qui se constituerait ultérieurement a le droit de demander l'agrément accordé à d'autres antérieurement (§ 78). On a interprété la solution de la Cour comme une limite au pluralisme¹. L'État ne serait pas obligé de donner aux groupes minoritaires la totalité des droits accordés aux grands groupes religieux. Le gouvernement français avait plaidé que la multiplication des agréments au profit de communautés religieuses sans représentativité suffisante risquerait de porter atteinte au bon fonctionnement du service public.

On peut noter tout de même un certain manque de cohérence concrète dans cette affaire entre l'obligation de pluralisme et la neutralité de l'État. Il y a bien un monopole de fait de l'abattage rituel confié à l'association majoritaire dans la communauté juive. Ceci correspond en pratique à une prise de position de l'État français sur les conditions d'abattage rituel orthodoxe, qui retient l'interprétation du Grand Rabbín de France. Il est ainsi conduit à prendre indirectement parti dans une querelle purement religieuse alors qu'il affirme à juste titre ne pas devoir et ne pas vouloir le faire.

Pluralisme et discrimination

Il n'y a de discriminations que si les associations concernées sont dans la même situation. De très nombreux arguments de fait semblent montrer que les deux associations n'étaient pas dans une situation vraiment différente. La Commission avait longuement examiné ce problème. La minorité de la Cour reprend un certain nombre d'arguments : même statut d'association culturelle et mêmes activités religieuses, même technique d'abattage, même perception d'une taxe d'abattage, même respect des règles d'hygiène (op. diss. p.28-29). Mais la question est peut-être de savoir si, en matière religieuse, le pluralisme ne conduit pas à avoir des critères de nature un peu différente concernant la similitude des situations, en particulier concernant la représentativité et le nombre des fidèles appartenant à la communauté.

La Cour examine très rapidement la question de la discrimination alors que la totalité de l'avis de la Commission portait sur ce seul point. Elle conclut que "la différence de traitement qui en est résultée est de faible portée" (§ 87). Cette conclusion se déduit de l'effet limité du refus d'agrément à supposer qu'il constitue une ingérence. On aurait ainsi une sorte d'application de l'adage *de minimis non curat praetor*.

Le contrôle juridictionnel du but de l'ingérence

Alors que la Cour avait exclu qu'il y ait eu une ingérence, elle accepte cependant d'envisager l'hypothèse d'une ingérence et d'en contrôler la légitimité. Cette remarque de la Cour pourrait presque être traitée comme un *obiter dictum*. C'est pourtant le véritable terrain sur lequel la question aurait dû être placée et traitée : y a-t-il des limites d'ordre public à la liberté religieuse et en particulier à la liberté des rites ? L'État français en rapporte-t-il la preuve ?

La Cour se contente en pratique d'un contrôle juridictionnel "minimum"

En apparence, la Cour effectue un contrôle classique du but de la mesure, ici d'un refus d'agrément. Deux finalités générales pouvaient justifier sans peine la mesure prise par le gouvernement français : la protection de l'ordre public, et en particulier de l'hygiène et de la santé publique, et d'autre part, comme l'indique la Cour en prenant appui sur la mission générale de tout État, le fait d'organiser l'exercice d'un culte qui a pour effet de contribuer à la paix religieuse et à la tolérance.

¹ Cf. J.F. FLAUSS, "CEDH et droit des libertés" *AJDA*, 20 décembre 2000, p. 1016.

En réalité, deux raisons ont conduit la Cour à ne pratiquer qu'un contrôle minimum. Elle a d'abord reconnu que l'État dispose d'une marge d'appréciation. La formule est, en un sens, banale car il est très rare qu'une décision puisse être réduite à une compétence liée. Mais, dans cette affaire, la Cour répond à un argument du gouvernement français. Celui-ci avait souligné que deux éléments relevaient de sa marge d'appréciation, échappant donc à un contrôle de la Cour : la qualification des activités de l'association requérante, en l'occurrence jugées purement commerciales, et d'autre part, l'appréciation de la représentativité de l'association qui n'aurait eu qu'une faible audience dans la communauté juive en France (§ 69). Le gouvernement en déduisait son droit de ne pas favoriser la prolifération des titulaires d'un agrément dérogatoire aux règles ordinaires de l'abattage des animaux. Mais la raison essentielle de ce *judicial restraint* tient au constat de la difficulté de la matière : la marge d'appréciation est justifiée aux yeux de la Cour "notamment pour ce qui est de l'établissement des délicats rapports entre l'État et les religions" (§ 84). Le juge européen établit ici en pratique ce qu'on appelle en droit administratif français un contrôle minimum dont l'effet est de réduire le contrôle juridictionnel à l'erreur manifeste d'appréciation. La Cour énonce, en effet, que la mesure prise par l'État "ne saurait être considérée comme excessive ou disproportionnée" (§ 84). Le résultat est qu'on aboutit à un contrôle purement abstrait et formel des motifs d'ordre public et de santé ou hygiène publique invoqués par le gouvernement. À aucun moment le gouvernement n'indique précisément en quoi la prolifération des agréments porterait effectivement atteinte à ces buts d'ordre public ou au bon fonctionnement des abattoirs. La minorité de la Cour (op. diss. p. 29) a repris l'argument de la requérante qui faisait remarquer sans être contredite que les agréments étaient bien plus nombreux pour les associations musulmanes qui ne sont pas fédérées de la même façon que les associations israéliennes. Les pratiques d'abattage étant identiques, la discrimination devenait patente en l'absence des preuves d'une atteinte effective ou d'un risque suffisant d'atteinte à l'hygiène publique par les pratiques de cette association.

Il est difficile de comprendre pourquoi la Cour a adopté, dans cette affaire, le principe d'un contrôle restreint des motifs de la décision administrative. Le droit administratif français a établi le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation lorsque la difficulté d'appréciation était d'ordre technique ou matérielle. On ne voit pas la difficulté particulière que représente l'établissement de rapports juridiques ; ou alors c'est tout régime de liberté et dans quelque domaine que ce soit qui présente ce type de difficulté. À moins que la Cour ne veuille prendre en compte une difficulté proprement politique. C'est l'interprétation que donne J.F. FLAUSS : le "profil bas" de la Cour vient de ce qu'elle ne veut pas "mettre à mal les options constitutionnelles ou/et législatives retenues par les États en matière d'exercice de la liberté religieuse"¹. Il y aurait une crainte de la Cour à intervenir dans des équilibres acquis au fil de l'histoire. De fait, on a déjà pu noter un certain conformisme de la Cour à l'égard de certaines solutions nationales en matière religieuse où les principes sont irréprochables mais où la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales paraissait trop importante compte tenu du caractère fondamental de la liberté en cause².

Conclusion

Le débat ne semble pas avoir été placé par la Cour sur le bon terrain juridique. Elle-même n'est pas exempte de contradiction lorsqu'elle renonce logiquement à examiner le bien fondé du refus d'agrément puisqu'il ne constituait pas une ingérence et qu'elle traite tout de même de la question au cas où il y aurait eu ingérence. Elle a donc bien senti une difficulté. Il aurait fallu, partant du principe de neutralité de l'État par rapport aux débats et questions religieuses, éviter de discuter et de qualifier les activités de l'association requérante ; ceci conduisait, en effet, nécessairement à entrer dans des débats et qualifications qui relevaient du débat religieux interne à la confession israélienne. Le véritable terrain sur lequel il fallait situer le débat du point de vue de l'État est celui de la protection de l'ordre public. Là est la véritable mission de tout État face à n'importe quelle liberté. Aucune d'entre elles, y compris les plus fondamentales, ne peuvent échapper au respect de l'ordre public. L'argument du gouvernement français était de ce point de vue imparable. Mais il était nécessaire, en contrepartie, que le juge effectue un contrôle complet des motifs sous peine de laisser au gouvernement une marge d'appréciation telle qu'elle risque de porter atteinte voire de nier concrètement la liberté en cause.

Il faut donc conclure avec la Commission et la minorité de la Cour qu'il y a bien eu discrimination. L'association requérante ne se distinguait pas de celle qui avait reçu l'agrément ni quant à la technique d'abattage qui ne faisait donc courir pas plus de risques pour l'hygiène publique, ni quant à la méthode de financement de son activité d'abattage rituel et à sa finalité religieuse (entretien des différentes œuvres cultuelles et culturelles de l'association). Le gouvernement n'a apporté aucune preuve d'un risque particulier propre à cette association. Le principe de non-prolifération des agréments n'a qu'une vérité abstraite et ne peut venir en concours avec la liberté religieuse dont l'abattage rituel fait partie. Le véritable enjeu était de mesurer la portée de la discrimination subie par les deux associations en raison d'un agrément accordé ou refusé. Elle est effectivement faible si on se place seulement du point de vue pratique (la possibilité de se procurer de la viande "glatt"). Par contre, du point de vue symbolique, c'est une véritable discrimination. Or, c'est ce

¹ Chronique précitée, p. 1015.

² Cf. P. ROLLAND, "Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme", in *Du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme*, Mélanges Raymond Goy, Publications de l'Université de Rouen, 1998, *passim* et notamment pp. 277-278 et 285.

dernier point de vue qui doit l'emporter lorsqu'il s'agit de liberté religieuse dès lors que l'ordre public matériel est respecté.

Débats

Michele DE SALVIA

Ce que je peux dire, c'est que vous avez vu juste...

Paul TAVERNIER

On pourrait ouvrir une brève discussion sur ces deux affaires qui, même si elles sont d'exception, méritent qu'on s'y arrête. Jean-Paul Costa n'a pas pu venir et le regrette beaucoup. Il serait sûrement intervenu aussi sur l'affaire *Maaouia* qui n'est pas une affaire qui ne règle pas définitivement le problème, comme M. Bitti nous l'a suggéré.

Catherine TEITGEN-COLLY

En ce qui concerne l'affaire *Maaouia*, le raisonnement retenu par la Cour pour écarter, tant au titre de la matière civile que pénale, l'application des garanties de l'article 6, paraît discutable en plus d'un point.

S'agissant du refus d'appliquer l'article 6 au titre de la *matière civile*, parce que la mesure d'interdiction du territoire ne porterait pas sur une contestation de "caractère civil", la Cour se fonde, comme vous l'avez rappelé, sur le fait qu'en adoptant le Protocole n° 7 concernant des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion, les Etats auraient clairement marqué leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ de l'article 6. Par cette analyse, la Cour paraît assimiler le Protocole 7 à une réserve à la Convention. On peut s'en étonner si l'on note que, l'article 7 du Protocole 7 prévoit exactement l'inverse, à savoir que "les Etats parties considèrent les articles 1 à 6 du présent Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence", cette disposition est d'ailleurs logique car les garanties procédurales offertes aux étrangers par le Protocole 7 sont à la fois différentes et plus réduites que celles résultant de l'article 6. Ce raisonnement de la Cour surprend d'autant plus que celle-ci se montre justement, lorsqu'elle est confrontée à des réserves des Etats, de plus en plus soucieuse de les encadrer strictement pour ne pas amoindrir la portée de la Convention. De surcroît, l'invocation en l'espèce du Protocole 7 paraît inadéquate puisque celui-ci vise les mesures d'expulsion des étrangers en situation régulière, or était en cause ici une mesure d'interdiction du territoire d'un étranger en situation irrégulière.

S'agissant du refus d'appliquer l'article 6 au titre de la *matière pénale*, parce que la mesure d'interdiction du territoire ne relèverait pas de cette matière, la Cour, dont on sait quelle conception autonome elle a de cette matière, se fonde ici à la fois sur le fait que la mesure d'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les Etats membres, qu'elle est susceptible d'y être prise par une autorité administrative et qu'elle a une finalité préventive. Cette solution est surprenante à plus d'un titre, d'abord parce qu'elle ne porte pas attention au fait que le droit français considère cette mesure comme pénale car elle est prononcée par le juge pénal et constitue une peine accessoire d'une infraction pénale, ensuite parce qu'elle ne tient pas compte de l'évolution de la qualification des mesures prises à l'égard des étrangers dans la jurisprudence constitutionnelle, notamment du caractère de sanction reconnu à des mesures d'interdiction du territoire alors même que leur prononcé avait été confié par la loi à une autorité administrative (décision du 13 août 1993) ou encore du retrait de carte de séjour et de résident aux employeurs de main-d'œuvre étrangère en situation irrégulière (décision du 22 avril 1997), enfin parce qu'elle déroge à l'évolution générale de la jurisprudence de la Cour européenne elle-même marquée par une conception extensive de la matière pénale.

En vérité, le raisonnement de la Cour paraît guider par sa volonté d'exclure ce contentieux du champ de l'article 6, volonté qui paraît reposer non pas simplement sur une raison technique, comme la crainte de son engorgement puisque déjà le contentieux des étrangers constitue une part importante du contentieux de la Cour, mais plutôt sur une raison de fond, préserver la souveraineté des Etats dans les procédures qu'ils mettent en œuvre à l'égard des étrangers.

Michele DE SALVIA

Concernant l'applicabilité de l'article 6, c'est un problème qui a surgi au milieu des années 70 et on s'est référé aux travaux préparatoires qui eux-mêmes se réfèrent aux travaux préparatoires des Pactes qui étaient en gestation dès 1946, et là on s'est référé à une prise de position de Mme Roosevelt. On remonte ainsi un peu loin... De cette réflexion, la Commission, à l'époque, et la Cour ensuite, en a déduit que les Etats n'avaient donc pas voulu étendre l'applicabilité de l'article 6 et donc la judiciarisation à un ensemble de matières qui relevaient de la puissance publique et pour lesquelles l'Etat gardait un droit souverain pour lequel il ne fallait pas l'enfermer dans un cadre judiciaire précis. Ceci concernait les procédures fiscales, les droits dits politiques, mais il y a aussi d'autres droits, le droit disciplinaire par exemple, qui n'est ni civil ni pénal, sauf lorsque les procédures empiètent sur une matière qui relève du droit privé. La Cour se pose le problème. Le fait même que cette question ait été décidée par une Grande Chambre montre que la nouvelle Cour, composée à présent pour plus de la moitié de juges nouveaux, c'est-à-dire qui n'ont pas connu l'expérience de la Commission et de l'ancienne Cour, s'est posée le problème, mais finalement ils ont estimé qu'il ne fallait pas changer

les choses. En fait, j'aurais été personnellement plus satisfait si on s'en était tenu strictement à la jurisprudence de la Commission, qui avait une certaine valeur, et qui était peut-être plus lisible et compréhensible. Mais il faut aussi voir qu'en Europe ce problème relatif à la police des étrangers est un problème sérieux. Je m'éloigne un peu du terrain purement jurisprudentiel, mais il y a dans certains pays des millions et des millions d'étrangers. Est-ce qu'on va contraindre les Etats à judiciaireiser toutes les procédures ? Je note, en passant, que ce problème est un problème de procédure, mais pour l'étranger, il s'agit d'un problème de fond. Si quelqu'un estime qu'on le renvoie de France, ou d'ailleurs, et que ceci empiète sur un droit substantiel garanti par la Convention, il lui est loisible de soulever le problème au titre de la vie privée, familiale, traitements dégradants, traitements inhumains. Par exemple, et c'est un des cas actuellement pendants devant la Cour, si un étranger, un Chinois en Hongrie, s'oppose à sa remise aux autorités chinoises parce qu'il craint la peine de mort, c'est un problème qui relève de l'article 3, même si l'article 6 à la limite ne s'applique pas.

Paul TAVERNIER

J'ajouterai que cet article 6, malgré sa grande utilité pour la protection d'un certain nombre de droits, est très critiquable quant à sa rédaction. Je l'avais déjà écrit. Il n'y a aucune justification d'exclure le procès équitable de toute une série de contentieux. La Cour utilise bien sûr des arguments de texte et des arguments d'opportunité, mais on ne voit pas pourquoi le principe du procès équitable ne s'appliquerait pas d'une manière beaucoup plus générale. D'ailleurs en droit interne français, les principes qui correspondent aux règles du procès équitable sont largement appliqués, depuis fort longtemps. Par ailleurs, dans la jurisprudence communautaire, le domaine de l'article 6 est très large, en tout cas plus large que celui qui est reconnu à Strasbourg (en particulier en matière de droit de la concurrence¹..

Sur l'affaire *Cha'are Shalom*, on n'a pas épuisé le sujet, mais peut-être l'auditoire.. C'est une affaire extrêmement intéressante. Toute une jurisprudence se développe, notamment en matière de minorités, au sein des religions. Il y a l'affaire *Hassan et Tchaouch c/Bulgarie* pour le culte musulman², il y a aussi une affaire concernant la Grèce, et une autre la Moldova...

¹ Voir P. TAVERNIER, "Faut-il réviser l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ? (A propos du champ d'application de l'article 6)", pp. 707-720, in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, Bruxelles : Bruylant, 1998, XXIV + 791 p.

² Voir notre commentaire au *Journal du droit international*, n° 1, 2001, pp. 211-214.

**L'affaire Mazurek
ou les conséquences incertaines d'un arrêt mal fondé
(1^{er} février 2000)**

par

Dominique FENOUILLET-LASZLO
Professeur à l'Université de Paris XI

Une femme décède, laissant deux fils. Le premier, né hors mariage, a été légitimé par le mariage de sa mère un an après sa naissance ; le second, né au cours de ce même mariage, n'a été inscrit à l'état civil que sous le nom de jeune fille de sa mère sans indication du mari de cette dernière ; conformément au droit de la filiation, la légitimation par mariage confère donc au premier les mêmes droits qu'à un enfant légitime alors que le second, n'étant pas couvert par la présomption de paternité légitime en raison des mentions portées sur son acte de naissance, n'est doté que d'une filiation maternelle adultérine.

Il en résulte donc un concours successoral entre un enfant légitimé et un enfant adultérin, situation envisagée par l'article 760 du Code civil qui dispose : "Les enfants naturels dont le père ou la mère étaient, au temps de leur conception, engagés dans les liens d'un mariage d'où sont issus des enfants légitimes, sont appelés à la succession de leur auteur en concours avec ces enfants ; mais chacun d'eux ne recevra que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes (al. 1^{er}). La fraction dont sa part héréditaire est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte ; elle se divisera entre eux à proportion de leurs parts héréditaires (al. 2)."

Le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel¹ ayant procédé à une dévolution inégalitaire de la succession par application de ce texte, l'enfant adultérin saisit la Cour de cassation. Mais son pourvoi fut rejeté par un arrêt de la première Chambre civile en date du 25 juin 1996². Celle-ci considéra en premier lieu que la Convention de New York ne bénéficiait qu'aux "enfants"³ et ne permettait donc pas d'écarter une règle relative au statut successoral d'un adulte. Elle estima en second lieu qu'il n'était pas possible de faire application de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme puisque ce texte ne visait qu'à garantir l'égalité dans les droits et libertés reconnus par ladite Convention et que la vocation successorale était étrangère au respect de la vie privée et familiale protégé par l'article 8. Ayant épuisé les voies de recours interne, l'enfant adultérin saisit la Cour européenne des droits de l'Homme.

Tels sont les faits qui ont conduit la Cour à condamner la France, le 1^{er} février 2000, à réparer le dommage subi par M. Mazurek⁴. L'analyse de l'arrêt sera conduite en premier lieu dans l'ordre européen. Elle conduira à une appréciation mitigée : la Cour européenne doit être approuvée pour la solution qu'elle retient, mais critiquée pour la voie empruntée (I.). Il conviendra en second lieu de s'interroger sur l'avenir du principe d'égalité en droit familial interne (II).

I • La condamnation de l'inégalité successorale française de l'enfant adultérin par la Cour européenne

Pour condamner la France, la Cour s'est fondée sur l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 combiné avec l'article 14 de la CEDH. Elle a considéré qu'il n'existait pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre la vocation successorale amoindrie infligée à l'enfant adultérin et le but poursuivi par la France, à savoir la protection du mariage, des devoirs en résultant, et des intérêts moraux.

¹ Nîmes, 24 mars 1994, *JCP* 1996, éd. N, 930, note H. MAZERON ; *RT* 1995, 612, obs. J. HAUSER.

² *JCP* 1997, I, 3996, n°1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, 4021, n°1, obs. R. LE GUIDEC, II, 22834, note PH. MALAURIE ; *Dr. Fam.*, 1996, 26, note B. BEIGNIER ; *Defrénois* 1997, 310, obs. J. MASSIP ; *D.* 1997, Somm. 275, obs F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *D.* 1998, 453, note L. BRUNET ; *RT* 1996, 873, obs. J. HAUSER ; *RT* 1997, 543, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *PA* 1997, n° 13, p. 25, note S. PICQUET-CABRILLAC.

³ L'enfant y est défini comme l'être humain n'ayant pas atteint l'âge de la majorité.

⁴ *JCP* 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; *D.* 2000, 332, note J. THIERRY ; *Defrénois* 2000, 37179, n° 29, obs. J. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2000, n° 33, obs. B. DE LAMY ; *PA* 10 mai 2000, p. 11, note S. HOCQUET-BERG, 5 juillet 2000, p. 18, note J. MASSIP ; *RT* 2000, 429, obs. J. MARGUENAUD, 601, obs. J. PATARIN ; B. VAREILLES, « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'Homme », *D.* 2000, 626 ; PH. STOFFEL-MUNCK, « L'enfant qui sort de l'ombre », *Dr. et patr.* 2000, n° 82, p. 56 s.

Alors que la doctrine doutait de la question de savoir si "hériter est vraiment un droit de l'Homme"¹, la Cour européenne répond donc par l'affirmative.

Si le fondement retenu est regrettable (A), la solution finale doit en revanche être approuvée (B).

A. Le choix discutable de la norme de référence

L'article 14 de la CEDH a ici été associé à l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1, en vertu duquel "toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international". C'est donc l'égalité dans le droit au respect des biens qui fonde la solution, solution retenue, il faut le noter, à l'unanimité. Et ce fondement a été justement critiqué, comme discutable techniquement (1°) et comme réducteur notionnellement. Il eut été incontestablement préférable de fonder le raisonnement sur le droit au respect de la vie privée et familiale (2°).

1°) Une application discutable du droit au respect des biens

La Cour a été critiquée pour avoir procédé à une "interprétation extensive et à vrai dire déformante" de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1².

La Cour reproche à la loi successorale française de priver l'enfant de "sa" propriété en ne lui reconnaissant qu'une vocation successorale limitée. Elle reprend la même analyse que dans l'affaire *Inze* du 28 octobre 1987. Mais cette analyse est contestable : la propriété découle de la vocation successorale et ne lui préexiste pas ; limiter la vocation revient donc à restreindre *ab ovo* la propriété et non pas à priver une personne de "sa" propriété³.

La Cour croit pouvoir écarter la critique en se fondant sur le fait que la succession est d'ores et déjà ouverte. Mais cet élément ne change rien à l'affaire dans la mesure où, dès la mort de la défunte, les deux demi-frères sont devenus propriétaires indivis des biens mais dans la limite de leur vocation successorale, et donc à concurrence de 3/4 du patrimoine pour l'enfant légitimé et de 1/4 pour l'enfant adultérin.

Reste alors à invoquer l'existence, en droit européen, de notions autonomes et à remarquer que l'article 1^{er} vise sans doute le droit de propriété mais qu'il protège, plus largement, le droit au respect des "biens". Ce qui explique qu'un créancier ait pu bénéficier de cette protection européenne, alors pourtant que la doctrine ne s'accorde pas à analyser son droit comme un droit de propriété⁴. Cette autonomie des notions suffit-elle à sauver la mise en œuvre de ce texte à la vocation successorale au plan technique ? La question renvoie au concept de vocation successorale, dont on se souvient que la doctrine classique des conflits de lois dans le temps l'analyse, avant ouverture de la succession, comme une simple expectative. A supposer cette analyse retenue, on mesure sans peine à quel point l'application de la notion de "bien" à une telle prérogative conduit à étendre le champ d'application de la protection européenne des droits de l'Homme.

En outre, la doctrine⁵ a critiqué la Cour pour avoir statué sur un fondement patrimonial, jugeant qu'elle disqualifiait alors les droits de l'Homme. La critique, si elle doit être tempérée (il ne faudrait pas oublier que le premier droit de l'Homme français a tout de même été le droit de propriété inaliénable et sacré...), est exacte : il eut été préférable, en l'espèce, de reprocher au droit français la violation du droit au respect de la vie privée et familiale. Le regret technique se double alors d'un regret au plan symbolique.

2°) La dérobade regrettable à l'égard du droit au respect de la vie privée et familiale

Le plaignant se fondait sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ce texte célèbre qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour de cassation avait écarté ce texte en jugeant que la vocation successorale est étrangère au droit au respect de la vie privée, ce que certains auteurs avaient jugé "raisonnable"⁶. La Cour européenne n'a procédé à aucune exclusion : elle s'est contentée de juger qu'elle "n'estim(ait) pas nécessaire" d'envisager cette qualification puisque l'article 1^{er} du Protocole additionnel suffisait à condamner la loi française, et ce à 5 voix seulement contre 2. Ce silence décidé à la seule majorité, qui manifeste un certain embarras, a

¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 257.

² J. MASSIP, obs. préc. *Defrénois*..

³ Le droit ne procède pas en retirant à l'enfant une partie de la vocation normale qu'il lui a préalablement attribuée. Il se borne *ab ovo* à limiter la détermination des droits successoraux.

⁴ Le droit d'un créancier ressemble au droit d'un héritier dans la mesure où le droit de gage général apparaît, lui aussi, comme une vocation à saisir tout bien appartenant au débiteur. Il ne saurait pour autant y avoir identité : la substance même de la créance, à savoir la prestation directement due au créancier, est sans équivalent pour l'héritier ; ce dernier est tenu au passif...

⁵ B. VAREILLES, note préc..

⁶ J. MASSIP, obs. préc..

été regretté par la doctrine¹. Il eut été symboliquement préférable et pratiquement plus conforme à la sécurité juridique de condamner la France sur le fondement de l'article 8. Mais était-ce possible ?

Que recouvrent les notions de vie privée et de vie familiale ?

La première concerne la personne, dans son corps et son esprit, isolément ou dans ses relations extra-patrimoniales avec les autres ; elle confère à son titulaire une double prérogative, le secret (cela ne vous regarde pas) et l'autonomie (je fais ce que je veux).

La seconde concerne la personne dans ses relations familiales. Strictement entendue, elle ne confère à chacun que l'autonomie du choix du mode de vie familial et, corollaire de l'autonomie, le droit de garder secret ce choix. Plus largement entendue, elle intègre la liberté de faire établir un lien familial (de couple ou de filiation) et de jouir des effets attachés à ce lien.

Quid, alors, de la vocation successorale liée à la filiation et, plus généralement, au lien familial ?

Relève-t-elle de la vie privée ? Il nous semble, contrairement à la Cour de cassation, qu'il n'était pas impossible de considérer que la question successorale relevait de la vie privée. Il faut écarter l'argument tenant seulement à la nature patrimoniale de la vocation successorale. Il est exact que la protection du patrimoine ne relève pas en elle-même de la notion de vie privée². Cela ne veut pas dire que la protection de la vie privée de la personne soit cantonnée à son activité extra-patrimoniale et écartée dans le cadre patrimonial : chacun connaît la célèbre jurisprudence invalidant les clauses de contrat de travail limitant la liberté de la vie privée ou familiale du salarié. Une personne peut donc fort bien profiter de la protection attachée à la vie privée et familiale alors qu'elle se borne à agir dans le cadre patrimonial. Or n'est-ce pas contrevenir à l'intimité de la vie privée que de prendre en compte les circonstances de la naissance d'une personne pour déterminer sa vocation successorale ? La nature du lien de filiation, élément de l'état civil soumis à publicité, ne suffit pas à écarter la solution alors qu'il en est de même du sexe et que chacun connaît la solution retenue en matière de transsexualisme, solution qui distingue heureusement la publicité des éléments de l'état civil et la liberté de vivre personnellement sans être inquiété.

La vocation successorale relève-t-elle de la vie familiale ? Si l'on définit le droit à la vie familiale strictement, la réponse est négative : les sanctions successorales infligées à l'enfant adultérin ne portent pas atteinte à la liberté qu'il a de choisir son mode de vie familial, dans la mesure où un enfant ne choisit jamais les circonstances dans lesquelles il naît. La conclusion est différente si l'on retient une définition large de la notion de vie familiale. La vocation successorale est un effet du lien de famille, ici du lien de filiation ; elle relève donc bien de la vie familiale largement entendue comme intégrant établissement du lien et effets du lien. Partant, en conférant à l'enfant adultérin, dans la succession de son auteur adultère, des droits différents de ceux octroyés à l'enfant légitime dans la succession de son auteur légitime, la loi attente à l'égalité dans la jouissance du droit au respect à la vie familiale.

On peut d'autant plus regretter la timidité de la Cour : 1) qu'elle contraste avec l'audace dont elle a parfois fait preuve dans la définition de la liberté de la vie privée ou de la vie familiale ; 2) qu'elle contraste avec le raisonnement adopté dans la célèbre affaire *Marckx*, le 13 juin 1979 ou encore dans l'affaire *Vermeire* du 29 novembre 1991³ ; 3) qu'elle contraste avec l'affirmation, par l'arrêt *Mazurek* lui-même, de l'importance contemporaine du principe d'égalité en Europe et de la nécessité d'une interprétation dynamique de la Convention européenne, cet "instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles" ; 4) qu'elle aurait pu suivre l'exemple donné, en la matière, par la commission DEKEUWER-DEFOSEZ, qui avait justement préféré opter pour affirmer "de manière à la fois plus abstraite et plus forte, l'identité des droits attachés au lien de filiation" (§ 22 *in fine*).

L'esprit de la CEDH invitait, nous semble-t-il à se fonder sur la notion de statut familial, patrimonial ou personnel⁴. Cet arrêt montre, une nouvelle fois, l'urgence qu'il y a à réfléchir, conceptuellement et non plus pragmatiquement, sur la notion de vie privée et familiale.

B. La condamnation inéluctable du droit interne

La solution retenue nous semble en revanche tout à fait pertinente dans sa conclusion, même si elle eut gagné à être mieux motivée. Plutôt que de condamner sur le terrain du défaut de proportionnalité entre la fin poursuivie et le moyen

¹ B. VAREILLES, note préc. ; J.-P. MARGUENAUD, obs. préc..

² V. ainsi le rejet par la Cour de cassation de l'inclusion des éléments patrimoniaux dans la sphère du secret de la vie privée à propos de la divulgation de tels éléments par la presse.

³ Il est vrai que, dans l'affaire *Marckx*, les plaignants invoquaient la restriction à leurs droits successoraux sur une succession non encore ouverte. On en a déduit qu'ils ne pouvaient donc se fonder sur le droit au respect des biens, à la différence de l'espèce soumise ici à la Cour. Mais l'argument ne vaut pas grand chose, alors que le recours à la notion de bien est ici très discutée, v. *supra*.

⁴ Comme l'a relevé l'opinion en partie dissidente de deux juges européens : M. LOUCAIDES, Mme TULKENS.

retenu (1°), la Cour eut sans doute été mieux inspirée de condamner pour défaut d'adéquation entre le moyen choisi et la fin poursuivie (2°).

1°) Le raisonnement retenu : le défaut de proportionnalité entre la fin et le moyen

La Cour recherche d'une part si l'inégalité de traitement dans le droit au respect des biens dont pâtit l'enfant adultérin poursuit un but légitime et d'autre part s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre la fin poursuivie et le moyen retenu. Et la conclusion négative à laquelle elle parvient est fondée non seulement sur des considérations générales (a), mais aussi sur les circonstances spécifiques du cas (b), ce qui, évidemment, limite de façon regrettable la portée de la solution retenue.

a) La Cour conclut au défaut de proportionnalité entre la fin et les moyens en se fondant sur deux considérations générales

1) *L'évolution générale de la famille*

La Cour note qu'"il ne peut être exclu que le but invoqué par le gouvernement (qui affirmait vouloir préserver la famille légitime, les devoirs issus du mariage) puisse être considéré comme légitime"... (§ 50). La formule frappe par son peu d'enthousiasme lorsqu'on la compare à l'affirmation contenue dans l'arrêt *Marckx* et selon laquelle "il est en soi légitime voire méritoire de soutenir et d'encourager la famille traditionnelle". La force éventuelle de la famille légitime, en termes de natalité et surtout de stabilité, est donc relativisée, à tort à notre sens¹, par la Cour.

Elle insiste sur le développement en fait des autres modes de vie familiaux et note l'évolution tant juridique² que sociologique³ de la famille : "l'institution de la famille n'est pas figée" (§ 52).

2) *L'innocence de l'enfant*

Surtout, la Cour retient que "en tout état de cause", l'enfant adultérin est innocent et "ne saurait se voir reprocher des faits qui ne lui sont pas imputables" (§ 54). Cet argument, classique, est important car il donne à l'appréciation portée par la Cour un soutien incontestable. Il est en effet impossible de nier la non-culpabilité de l'enfant dans la commission d'un adultère par ses auteurs. Un tel argument limite d'ailleurs la portée de l'arrêt : il interdit notamment d'en déduire que sont condamnables les différences de traitement patrimonial existant entre les couples d'adultes ayant choisi librement tel ou tel mode de vie⁴.

3) *L'existence d'un standard européen contemporain en matière d'égalité des enfants*

La Cour note qu'il existe, quant au statut de l'enfant naturel et aux effets du principe d'égalité, un standard européen, standard qui la guide ensuite dans la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité qu'elle opère. Elle insiste particulièrement sur l'importance actuelle du principe d'égalité au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe⁵ et relève "une nette tendance à la disparition des discriminations à l'égard des enfants adultérins" (§ 52). Rappelant enfin la nécessité d'une interprétation évolutive de la Convention européenne, elle écarte l'argument tiré de certaines décisions antérieures de la Cour, "les circonstances de temps n'étant pas les mêmes".

b) Malheureusement, la Cour n'a pas su se dégager totalement des circonstances particulières du cas

On notera en premier lieu qu'elle insiste sur la *légitimité de raccroc* du demi-frère privilégié par le droit français. La référence à "l'enfant naturel" n'est pas, à cet égard, un hasard. On pouvait effectivement soutenir qu'un enfant légitimé par le mariage de ses parents n'est pas "issu" de ce mariage puisqu'il n'a pas été "conçu en mariage" et qu'il ne bénéficie donc en quelque sorte que d'une légitimité de raccroc⁶. L'argument n'avait pas été invoqué devant la Cour de cassation ; il avait d'ailleurs peu de chances de la convaincre vu l'interprétation extensive qu'elle donne à l'article 760 du Code civil⁷, notamment en l'appliquant au profit de l'enfant adopté. Il avait en revanche été soulevé devant la Cour

¹ La fragilité factuelle du concubinage est pourtant de nature à justifier une politique étatique de préférence à l'égard du mariage, qui reste moins dissoluble, quelle que soit la grande fréquence des divorces prononcés.

² Elle invoque ainsi les divers projets de réforme de la loi de 1972.

³ Elle rappelle ainsi que 1 enfant sur 4 est un enfant naturel... A quoi l'on peut rétorquer qu'il n'est pas question de l'enfant naturel mais de l'enfant adultérin, ce qui est très différent : la naissance du premier procède de l'exercice par les parents d'une liberté, celle d'entretenir des relations sexuelles hors mariage alors que la seconde résulte d'une relation charnelle entretenue en violation du devoir de fidélité attaché au mariage.

⁴ Ainsi des statuts différents attachés au mariage, au régime matrimonial, au concubinage, au pacte civil de solidarité...

⁵ Elle rappelle la Convention de 1975 sur le statut juridique des enfants nés hors mariage.

⁶ J. MASSIP, obs. sous Civ., 1^{ère}, 25 juin 1996, *Defrénois* 1997, note sous CEDH, 1^{er} février 2000, *Defrénois* 2000.

⁷ Alors que la doctrine, même lorsqu'elle est favorable au principe d'un statut successoral inférieur de l'enfant adultérin, milite souvent pour une interprétation stricte des textes, la Cour de cassation est allée au delà de la lettre à diverses reprises : ainsi en

européenne. Et l'on regrettera que cette dernière ait implicitement retenu un tel élément de fait, dans la mesure où cet argument n'est pas pertinent (v. *infra*) et où il risque de conduire à restreindre la portée de l'arrêt au seul cas de cet enfant "tout juste légitime"¹.

On regrettera en second lieu que la Cour note l'existence d'une *séparation de fait* entre la mère et son mari lors de la naissance de l'enfant adultérin. Et aussi qu'elle relève que *le divorce* a suivi de peu la naissance. Il s'agissait ainsi comme l'a relevé la doctrine d'un "adultérin sur mort-mariage". Ce faisant, elle semble considérer que le lien juridique, l'institution, importe moins que la réalité vécue, le fait : on pourrait ainsi être plus ou moins adultérin². L'argument nous paraît peu pertinent, au moins au plan institutionnel. En outre, il diminue la portée de l'arrêt, qu'il convenait de fonder sur un principe et non sur des circonstances de fait.

De ces divers éléments, la Cour conclut qu'"aucun motif en l'espèce ne peut expliquer la différence de traitement". Cette conclusion est exacte. Mais nous l'aurions souhaitée fondée sur le défaut d'adéquation du moyen et de la fin plutôt que sur le défaut de proportionnalité.

2°) Le raisonnement préférable : le défaut d'adéquation entre la fin et le moyen

Il suffisait de nier l'adéquation du but poursuivi et du moyen retenu. Il nous semble en effet que deux buts différents se cachent sous cette expression générale de protection de la famille légitime. Il peut s'agir d'une protection institutionnelle ou d'une protection individuelle. Or, ni l'un ni l'autre de ces deux buts ne peuvent être atteints par l'inégalité critiquée.

a) *La protection de l'institution*. A supposer établi que la société souhaite par là promouvoir la famille légitime, jugée préférable dans l'intérêt général et individuel (en termes de natalité, de stabilité...), la Cour aurait dû dire 3 choses :

La prévention est illusoire : à les supposer informés, les amants ne réfléchissent pas au sort de leurs éventuels enfants avant de décider d'être fidèles ou d'entretenir des rapports charnels adultérins. La vocation successorale de l'enfant adultérin n'incite donc ni au mariage des amants, ni au respect de la fidélité en mariage.

La réparation de l'outrage causé au système juridique par la violation de l'institution matrimoniale est inexistante, la sanction consistant à réparer le tort fait à l'institution du mariage par la restriction des effets d'une autre institution, la filiation, institution qui ne devrait tendre qu'à assurer l'intérêt de l'enfant, est même symboliquement très mal venue pour le système juridique.

b) *La protection des individus*. La protection des membres de la famille légitime n'est pas davantage de nature à justifier la solution.

1°) Y a-t-il réparation du tort causé aux victimes de l'adultère ? C'est peu probable. Le dommage matériel³ n'est pas réellement réparé (puisque c'est alors l'intégralité de la vocation successorale de l'enfant qui devrait disparaître)⁴. Quant au dommage moral, il est irréparable s'il est effectif et à tort réparé s'il est, comme c'est bien souvent le cas, inexistant en fait (notamment lorsque les enfants, légitime(s) et adultérin(s), sont élevés ensemble...). Le principe d'une réparation forfaitaire est alors fictif et arbitraire. Parce que l'existence et l'importance du dommage dépendent dans la réalité des circonstances de fait, extrêmement diverses, la sanction abstraite et inconditionnelle consacrée par le droit positif n'est pas satisfaisante.

étendant la sanction à la succession d'autres ascendants (Civ., 1^{ère}, 26 avril 1988, *JCP* 1989, II, 21246), ou lorsque le concours survient avec un enfant adopté (Civ., 1^{ère}, 8 nov. 1982, *D.* 1983, 445)...

¹ J.-P. MARGUENAUD, obs. préc. *RT* 2000.

² J.-P. MARGUENAUD, obs. préc. *RT* 2000, parle ainsi de l'enfant "à peine adultérin".

³ On invoque en outre comme dommage l'attribution éventuelle à l'enfant adultérin de la part de communauté due à l'effort du conjoint trompé. Mais ce risque relève du droit matrimonial et non du droit successoral.

⁴ On notera que le dommage peut s'avérer considérable pour l'enfant légitime si le décès de son parent non adultère est survenu avant le décès de l'auteur adultère et si les époux avaient stipulé un régime de communauté avec clause d'attribution intégrale au survivant puisqu'alors l'enfant adultérin viendra en concours avec les enfants légitimes sur des biens provenant éventuellement du conjoint trompé. Cette hypothèse n'est heureusement pas fréquente, ce régime étant généralement choisi en fin de vie et les conseils des parties les dissuadant généralement d'y recourir en présence d'un enfant adultérin. A l'inverse, il résultera de la solution retenue une situation parfois très avantageuse pour l'enfant légitime protégé. S'il est en concours avec l'enfant adultérin et des enfants naturels simples, la part enlevée à l'enfant adultérin accroîtra sa seule part successorale, si bien qu'il aura le cas échéant plus que ce qu'il aurait eu s'il n'avait pas existé d'enfant adultérin. V. sur ce point les propositions de M. GRIMALDI, suggérant de considérer comme un plafond cette part successorale à laquelle l'enfant protégé aurait eu droit en l'absence d'enfant adultérin et les réfutations de Y. LEQUETTE et F. TERRE, *Les successions, Les libéralités*, Précis Dalloz, 1997, n° 135.

2°) Y a-t-il, enfin, sanction de la faute commise lors de l'adultère ? La réponse est évidemment négative puisque ce sont les héritiers du défunt adultère qui subissent cette sanction (et encore seulement l'enfant adultérin) et non les auteurs de la violation du devoir de fidélité.

La question de la légitimité du statut successoral inférieur de l'enfant adultérin conduisait ainsi en réalité à se demander dans quelle mesure il était légitime de faire produire, dans l'ordre vertical de la filiation, des conséquences à la nature de la relation nouée, dans l'ordre horizontal, entre les auteurs de l'enfant. Et la Cour européenne aurait sans doute été mieux inspirée à fonder explicitement sa solution sur l'autonomie institutionnelle de la filiation : parce qu'elle poursuit une finalité propre et distincte de celle du mariage, finalité que nous avons cru pouvoir définir comme étant une insertion harmonieuse de l'enfant dans une famille apte à le conduire le mieux possible à l'âge adulte, la filiation n'a pas à dépendre, a priori, ni dans son existence, ni dans ses effets, de l'union existant entre les auteurs de l'enfant mais seulement du lien existant entre l'enfant et son auteur et de la qualité de ce lien¹.

II • L'avenir possible du principe d'égalité en droit familial interne

La condamnation européenne conduit naturellement à s'interroger sur l'avenir de l'égalité des filiations en matière successorale (A) mais aussi, plus généralement, sur la portée de l'égalité en matière familiale (B).

A • Le statut successoral de l'enfant adultérin

Une réforme législative s'impose (1°) mais son contenu est incertain (2°).

1°) La nécessité avérée d'une réforme législative

L'autorité des décisions de la Cour européenne rend nécessaire une réforme législative.

a) L'autorité de la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme

Elle passe par la distinction de la condamnation d'espèce et de l'interprétation la fondant.

1) L'autorité de la décision de condamnation

Le dispositif de la décision de la Cour est la condamnation de la France à réparer le dommage causé à l'enfant adultérin. Cette condamnation a autorité de la chose jugée, et valeur de précédent, ce qui incitera sans doute d'autres victimes éventuelles à porter le litige devant la Cour.

Le résultat est que :

* l'enfant protégé a une part supérieure à celle qu'il devrait avoir si l'on appliquait le principe d'égalité entre les enfants ;
* l'enfant adultérin touchera la part qu'il devrait avoir et qui lui est enlevée pour être attribuée à l'enfant protégé, non pas à titre de droits successoraux mais à titre d'indemnité reçue de l'Etat français, et donc sans avoir à acquitter de droits fiscaux. A quoi il y aura lieu d'ajouter la réparation du dommage moral éventuel.

En bref, comme la doctrine l'a regretté, c'est le contribuable français qui est le dindon de la farce !

2) L'autorité des motifs de la condamnation

* *Les textes*. La portée, au plan interne, des textes consacrant le droit au respect des biens ou le droit au respect de la vie privée et familiale est incontestée : ces textes ont non seulement effet direct en France mais encore valeur supérieure aux lois internes (art. 55 const. 1958).

* *Leur interprétation*. La force de l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'Homme est plus limitée. Contrairement à la Cour de justice, la Cour européenne n'a pas le pouvoir de rendre des arrêts d'interprétation que les Etats seraient tenus de respecter. Il en résulte, en théorie, que ses décisions n'ont d'effet obligatoire, juridiquement, qu'entre les parties aux litiges qu'elle a tranchés spécialement. Pour autant, la doctrine insiste sur l'importance de "l'autorité de la chose interprétée" (cf. F. SUDRE), autorité qui procède d'une sorte d'incorporation de l'interprétation au texte-même et que la menace d'une nouvelle condamnation de l'Etat français par la Cour européenne rend en fait

¹ V. pour cette analyse institutionnelle de la filiation, La filiation plénière, un modèle en quête d'identité, *Mélanges en l'honneur de François Terré*, 1999, p. 509 s.

considérable. Cette distinction entre l'autorité *de jure* et l'autorité *de facto* (cf. A. ROUHETTE) est assez semblable, au fond, à celle qui s'attache en droit interne à l'interprétation des textes par la Cour de cassation¹.

b) Quelles sont donc les conséquences immédiates de l'affaire *Mazurek* ?

1) Du côté des juridictions

Il est probable que la Cour de cassation se pliera à la décision², ce qu'elle peut d'ailleurs faire sans "perdre la face", puisqu'elle peut se fonder sur l'article 1^{er} du Protocole additionnel n°1, texte qui n'avait pas été invoqué devant elle en 1996. Les juridictions inférieures peuvent, quant à elles, écarter directement les dispositions de l'article 760 du Code civil. Mais si certaines juridictions retiennent déjà cette solution³, il n'est pas sûr qu'elles fassent toutes preuve de la même audace, ne serait-ce qu'en raison de la difficulté qu'il y a à déterminer la portée substantielle de la décision européenne.

2) Du côté des praticiens

Les choses sont plus difficiles encore pour les officiers ministériels, qui ne sont pas fonctionnaires représentants de l'Etat mais qui sont officiers publics. Le nécessaire respect des intérêts de leurs clients les met dans une situation délicate.

Il faut leur recommander la prudence tant que la Cour de cassation n'a pas statué. Ils doivent donc informer les parties de l'incertitude existant en droit positif⁴, de préférence par écrit pour conserver la preuve de l'accomplissement de ce devoir d'information. Il est plus difficile de déterminer le conseil qu'ils doivent fournir aux parties. Certains suggèrent au notaire chargé de la liquidation de la succession de tenter d'amener les parties à transiger⁵ et, à défaut d'un tel accord seulement, de leur conseiller de saisir le tribunal compétent. Un auteur a toutefois suggéré de conseiller, en toutes hypothèses, la voie contentieuse, cette voie permettant à l'enfant légitime de bénéficier d'une part successorale augmentée sans sacrifier l'enfant adultérin, puisque celui-ci touchera la part que l'égalité commande de lui attribuer, à titre d'indemnité versée par l'Etat français⁶... Ce conseil ne nous paraît pas judicieux : l'abus de droit est sanctionné dans l'ordre européen ; en outre, si ce conseil conduit les parties à engager les frais d'un procès et si la Cour de cassation renverse sa jurisprudence et applique d'elle-même une dévolution successorale égalitaire, le remboursement des frais du procès risquera d'être demandé par les parties au notaire pour avoir donné un conseil risqué.

Outre l'incertitude quant à la positivité actuelle des textes sanctionnant l'enfant adultérin en droit successoral, le caractère symbolique de l'égalité des filiations⁷ rend nécessaire une réforme législative. Sans compter que l'incertitude caractérise également la portée de l'égalité successorale protégée par l'arrêt *Mazurek*.

2°) La détermination incertaine de la réforme substantielle

La substance même de cette réforme pose problème. La difficulté vient de ce que plusieurs dispositions concourent à doter l'enfant adultérin d'un statut véritablement dérogatoire. La décision européenne les condamne-t-elle toutes identiquement ou faut-il procéder à des distinctions ? La doctrine a dénoncé, à juste titre, l'existence d'un "nid à contentieux" rendant "urgente l'intervention du législateur"⁸. Deux questions apparaissent : le domaine de la réforme et la portée de celle-ci.

¹ A ceci près que les juridictions inférieures sont tenues de s'incliner si elles sont saisies après cassation, par l'assemblée plénière de la Cour de cassation, d'un arrêt de résistance rendu par la Cour d'appel de renvoi après une première cassation. La réserve n'est pas, juridiquement, indifférente.

² Vu l'obéissance dont la Cour a fait preuve à l'égard du transsexualisme (Ass. Plén., 11 déc.1992), il y a fort à parier qu'elle s'inclinera.

³ TGI Montpellier, 2 mai 2000, *Defrénois* 2000, art. 37275, obs. MASSIP ; *Dr. Fam.* 2000, n° 9, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT.

⁴ V. en ce sens, J. MASSIP, obs. préc. *Defrénois* 2000, B. VAREILLES, note préc. *D.* 2000.

⁵ A supposer que la situation corresponde à cette qualification (cf. B. VAREILLE, J. MASSIP) : aléa, renonciation à CEDH, même si seulement droit de propriété. La doctrine se pose la question de la nature de la renonciation, en particulier la question de savoir si l'acte est à titre onéreux ou à titre gratuit. Selon moi, il est à titre onéreux puisqu'on se trouve en présence de contre-prestations réciproques. Il en résulte donc a priori que le fisc ne percevra pas de droits calculés sur les actes à titre gratuit, d'autant que sinon, cela reviendrait à considérer que l'enfant adultérin est sans droit, donc à violer la Convention européenne des droits de l'Homme, le fisc étant une administration publique (J. MASSIP, obs. préc. *Defrénois*). De même, il ne paraît pas nécessaire d'envisager la situation d'un incapable : la doctrine considère que le juge ne pourra pas autoriser le mineur à conclure l'acte, s'il est considéré comme une libéralité. Mais une telle qualification est impensable alors qu'il ne s'agit que de reconnaître les droits de l'enfant adultérin.

⁶ B. VAREILLES, note préc. *D.* 2000.

⁷ Il est regrettable à cet égard que l'abrogation des textes par la réforme du droit successoral actuellement en discussion devant le Parlement ait été ajoutée par un amendement à une proposition de loi qui ne visait initialement que le statut successoral du conjoint survivant!

⁸ J. MASSIP, art. préc., p. 658.

a) *Le domaine de la réforme*

Quelles dispositions réformer ? Les dispositions spécifiques relatives à l'enfant adultérin varient quant au bénéficiaire de la discrimination et quant à la nature du particularisme du statut successoral, qui peut être relatif à la quotité des droits ou à leur nature. Indépendamment de cette diversité, il faut garder présente à l'esprit l'innocence de l'enfant adultérin, qui est une constante : quelle que soit la disposition considérée, en effet, elle frappe un enfant qui n'est pour rien dans la faute de ses auteurs.

- *La personnalité du protégé*

La condamnation européenne ne vise explicitement que le cas de l'article 760 du Code civil, qui règle le concours de l'enfant adultérin et des enfants légitimes du mariage protégé. Que décider relativement à l'article 759 du Code civil, texte qui règle le concours entre l'enfant adultérin et le conjoint trompé ?

La doctrine est souvent plus hésitante¹.

On notera toutefois que la décision de la Cour européenne était fondée sur le défaut de proportionnalité entre le moyen et la fin poursuivie, fin qui consistait dans la protection de la famille légitime et non pas dans celle des enfants légitimes. Le raisonnement suivi par la Cour à l'égard de l'article 760 semble rigoureusement transposable ici. Et ce texte nous paraît d'autant plus condamné par le principe d'égalité que l'inadéquation démontrée plus haut entre le moyen retenu et la finalité poursuivie existe tout autant dans les deux cas, que l'enfant adultérin soit en concours avec le conjoint trompé ou les enfants du mariage protégé².

La seule limite tient à l'insuffisance manifeste de la vocation successorale du conjoint survivant. Cette insuffisance, que chacun reconnaît, ne tient pas à l'existence d'un enfant adultérin ; elle existe en toute hypothèse dès lors qu'un enfant occupe le premier ordre et concourt sur la succession avec le conjoint du défunt. Mais elle prend ici une dimension particulière en raison des circonstances de fait. Dans une famille unie, le fait tempère la sécheresse de la vocation légale, en ce sens que les enfants ne chasseront pas leur auteur des biens du défunt et resteront bien souvent en indivision pour ne pas modifier brutalement les conditions de vie du survivant. Ici en revanche, il ne faut pas compter sur le sentiment pour tempérer l'insuffisance des droits du conjoint survivant ; on peut même craindre que l'enfant adultérin réclamera le respect immédiat et rigoureux de ses droits. L'insuffisance du statut successoral du conjoint survivant risquera de produire en fait des conséquences dramatiques en présence d'un d'enfant adultérin.

La réforme du droit successoral actuellement en discussion au Parlement³ associe effectivement les deux questions puisqu'elle améliore sensiblement le sort du conjoint survivant en même temps qu'elle consacre l'égalité successorale des enfants⁴.

2) *La nature de la distinction : la quotité des droits ou la nature des droits*

La plupart des dispositions spéciales portent atteinte à l'égalité en valeur des droits dans la mesure où elles restreignent la quotité des droits successoraux de l'enfant adultérin. Tel est le cas non seulement de la disposition ici sanctionnée par la Cour européenne mais encore d'autres textes, tels l'article 759 du Code civil, qui règle le concours entre l'enfant adultérin et le conjoint trompé, ou encore les articles 908 et 1097 qui restreignent la capacité qu'a l'enfant adultérin d'être gratifié à titre gratuit par son auteur adultère.

¹ V. les hésitations de J. MASSIP, obs. préc., B. VAREILLE, note préc., A. GOUTTENOIRE-CORNUT, note préc.

² Rien ne change du côté de la protection de l'institution du mariage. La seule différence tient dans la personnalité de la victime de l'adultère. Elle n'est pas négligeable : c'est au conjoint (et non aux enfants) que la promesse de fidélité a été faite (ce qui influe sur la faute, qui procède directement de l'engagement matrimonial) ; le conjoint souffre évidemment plus souvent et plus gravement que les enfants de l'adultère (ce qui influe sur le dommage, directement subi et plus considérable). Mais il importe alors de déterminer quelle serait la conséquence d'une simple application du droit commun : la dette de responsabilité trouvant sa source dans le fait générateur est née avant le décès ; elle est donc transmise à la charge de la succession ; dès lors le conjoint pourra demander réparation à l'enfant, non pas à titre personnel mais à titre successoral, du dommage causé par l'adultère, cette faute commise par son auteur. En conséquence, l'apport de l'article 759 est symbolique (que le conjoint ne soit pas brutalement évincé de la succession par la présence de l'enfant adultérin) et patrimonial (il est dispensé de prouver le dommage et bénéficie d'une indemnisation forfaitaire). Ce qui pourra s'avérer très injuste, lorsque le conjoint ainsi favorisé a lui-même été infidèle en mariage ou a pardonné l'adultère... Parce que l'indemnisation forfaitaire ainsi accordée est en réalité assez arbitraire, il nous semble que l'on pourrait sans mal abroger ce droit spécial.

³ Proposition de loi n° 2867 déposée à l'Assemblée nationale le 17 janvier 2001 par A. VIDALIES et adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 8 février 2001.

⁴ Elle améliore considérablement la vocation du conjoint survivant, tant par l'attribution d'un quart de la succession en propriété en présence de descendants que par la consécration d'un droit d'habitation sur la résidence principale et d'un droit d'usage sur les meubles la garnissant.

La restriction des droits de l'enfant adultérin est, dans tous ces cas, destinée à sanctionner l'adultère et préserver la famille légitime. L'inadéquation démontrée plus haut entre le but poursuivi et la mesure envisagée condamne ces dispositions. Et leur suppression devrait s'accompagner de l'abrogation de l'article 915-2, qui prévoit que l'enfant peut abandonner sa vocation successorale réduite et lui préférer un droit à aliments, texte qui perdrait toute justification.

La proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale le 8 février 2001 et tendant à réformer le droit successoral prévoit effectivement l'abrogation de l'ensemble de ces textes.

Dans deux cas, en revanche, c'est la nature des droits attribués et non leur quotité qui est particulière : les articles permettent une attribution préférentielle particulière¹ de biens au conjoint ou aux enfants légitimes (art. 761) ou une attribution anticipée de biens à l'enfant adultérin par son auteur adultère et en règlement de ses droits successoraux (art. 762)².

Ces dispositions sont destinées à assurer la protection des individus, en évitant, pour la première, que le conjoint et les enfants légitimes soient expulsés du logement familial ou de l'entreprise familiale... par l'enfant adultérin et, pour la seconde, que famille légitime et enfant adultérin se déchirent au moment du partage. A partir du moment où l'égalité en valeur est assurée, ces deux dispositions, qui nous semblent procéder d'un esprit d'apaisement et de protection réelle des intéressés, ne nous semblent pas condamnées par la décision européenne.

Elles disparaîtront pourtant si la proposition de loi déposée adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 8 février 2001 est définitivement adoptée puisque seraient abrogés les articles 759 à 764 du Code civil.

b) La portée de la réforme

1) La question matérielle

L'abrogation pure et simple de diverses dispositions (art. 760, 908, 915-2 C. civ.) devra donc accompagner une réforme substantielle du statut successoral du conjoint survivant.

Comme souvent, la disparition du statut spécial renverra l'éventuelle réparation du tort subi par les victimes de l'adultère au droit commun, de la responsabilité civile. Faut-il craindre alors que la disparition du statut spécifique aille de pair avec un accroissement du contentieux ? Ce risque ne nous paraît pas considérable, même s'il est possible qu'effectivement la responsabilité civile soit utilisée à des fins punitives, principalement dans les familles où la découverte intempestive de l'adultère surviendra au jour du règlement de la succession.

2) La question temporelle

Plus délicate est la question de la portée temporelle de la réforme.

Le droit commun transitoire conduit à considérer que l'égalité doit jouer pleinement dans les successions non encore ouvertes au jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (c'est de l'application immédiate) mais qu'elle ne peut, en revanche, produire effet dans les successions déjà ouvertes (ce serait de la rétroactivité). En outre, si des actes juridiques ont été conclus pour régler la dévolution de la succession, leur validité sera appréciée par application de la loi en vigueur au jour de leur conclusion ; ils continueront en outre de produire leurs effets après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, sauf à considérer que l'égalité est d'ordre public et doit prévaloir dans le futur (ce qui nous semble être le cas).

Parce que ces solutions ne sont pas satisfaisantes, à divers égards, il est indispensable que la réforme législative contienne des dispositions transitoires permettant de donner à l'égalité la plus grande portée possible tout en respectant autant que possible la sécurité juridique³. Il est regrettable que la réforme actuellement à l'étude n'ait pratiquement rien

¹ En ce que l'enfant adultérin ne peut prévaloir sur le conjoint trompé ou les enfants du mariage bafoué. Cette préférence vaut que l'attribution préférentielle soit facultative (biens du secteur agricole, professionnel -comme fonds de com.-, habitation -droit de propriété ou droit au bail-...) ou de droit (certaines exploitations agricoles).

² A dire le vrai, l'enfant doit accepter cette attribution. Si bien que, pour sa nature juridique, l'opération doit à notre sens être analysée comme un legs tant qu'elle n'a pas été acceptée par l'enfant et comme une donation dans le cas contraire (les autres explications avancées ne sont pas convaincantes : acte d'autorité parentale, pacte sur succession future autorisé, opération préliminaire au partage...). La dérogation au droit commun vient de l'attribution à un tiers d'un pouvoir exclusif et irrévocable de représentation.

³ La doctrine craint ainsi la remise en question d'actes juridiques antérieurs pour erreur ou lésion. C'est oublier que, en principe, la cause de la nullité s'apprécie au jour de l'acte ; or à ce jour, la lésion n'existait pas puisque les droits de l'enfant adultérin étaient ceux sur la base desquels le partage a été réalisé ; de même, au jour de l'acte, la loi interne étant ce qu'elle était, aucune erreur ne pourra être invoquée. Reste l'argument consistant à faire valoir qu'une libéralité a procédé d'un mobile erroné puisqu'elle a été consentie en considération d'une législation ayant été modifiée ensuite. Mais la disparition de la cause est-elle prise en compte en droit positif ? En tout état de cause, les dispositions transitoires auraient le mérite de supprimer toutes les discussions.

prévu à ce sujet¹ puisqu'elle se borne à prévoir l'application des nouvelles dispositions à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication de la nouvelle loi².

B. Le statut familial français

Cette décision de la Cour européenne invite à s'interroger plus largement sur l'avenir du principe d'égalité en droit familial interne, et ce, que l'on suive la doctrine qui considère que cette décision européenne transforme l'article 14 de la Convention en un texte "autonome"³ ou que l'on explique la solution européenne par une interprétation large du droit au respect des biens ou encore que l'on préfère invoquer le droit au respect de la vie privée et familiale. L'affaire *Mazurek* conduit ainsi au réexamen de toutes les différences de traitement, dans le statut patrimonial (via l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 : régime matrimonial, régime successoral...) et dans le statut extra-patrimonial (autorité parentale, nom, établissement du lien de filiation...) procédant du lien familial, qu'il s'agisse du lien de filiation ou de couple.

Le raisonnement de la Cour, qui insiste sur l'innocence de l'enfant, n'est évidemment pertinent que pour le statut de l'enfant (1°) ; il est sans portée pour le statut des adultes (2°), ceux-ci ayant bien souvent volontairement choisi le statut qui les régit. Indépendamment de cette distinction fondamentale, il faut se garder du mythe de l'égalité à tout prix : la famille est une institution ; à ce titre, elle ne peut nier les différences de fait existant entre les familles.

1°) Le statut des enfants

L'égalité ne saurait remettre en cause le statut attaché à la minorité : si l'enfant est placé sous l'autorité de ses père et mère, ce qui restreint sa liberté en matière de vie privée, de religion, de vie familiale..., c'est pour le protéger contre son immaturité et contre des décisions qui lui seraient néfastes. Pour le reste, l'égalité justifierait certaines réformes, dans le statut patrimonial mais surtout dans le statut personnel.

a) Le statut patrimonial

La protection de l'enfant contre les avantages matrimoniaux que l'un de ses auteurs peut consentir à son nouveau conjoint fait incontestablement partie des dispositions discriminatoires condamnées par le principe d'égalité. La Cour de cassation, critiquée par la doctrine, a interprété l'enfant du premier lit comme étant l'enfant d'un précédent mariage et a refusé d'en faire profiter l'enfant naturel né avant le mariage considéré⁴. Pourtant, l'article 1527 n'était pas destiné à protéger le mariage mais l'enfant qui n'est pas issu de ce mariage contre les dispositions intempestives de son auteur⁵. La réforme doit permettre d'élargir la protection de l'article 1527 alinéa 2 à l'enfant naturel d'un précédent lit.

b) Le statut personnel

Le statut personnel recèle plus de distinctions. Mais elles ne sont pas toutes contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme. Une différence de traitement entre enfant légitime et enfant naturel n'est condamnable que si elle ne poursuit pas un but légitime ou si elle n'est pas proportionnée à ce but.

Rares sont les dispositions dont la *finalité* est de promouvoir l'institution matrimoniale. Il en existe quelques unes en matière d'établissement du lien de filiation (fin de non-recevoir à une action en contestation ou à un établissement du lien de filiation, différence de prescription, personnes pouvant agir), mais elles ne sont pas légion.

D'autres procèdent de différences de fait ou de droit, existant entre ces deux types d'enfant, *différences pertinentes* au regard de l'objet de la règle considérée.

1) L'établissement du lien de filiation naturelle

Mater semper certa est. Il est devenu banal de prôner la consécration en droit français de l'adage "*mater semper certa est*" : l'égalité avec l'enfant légitime imposerait de se contenter des mentions de l'acte de naissance pour établir le lien de filiation naturelle. Cette interprétation, consacrée en son temps par la Cour européenne⁶, vient d'ailleurs d'être

¹ La raison de cette lacune est simple : c'est un amendement à une proposition de loi relative au statut successoral du conjoint survivant qui organise l'abrogation des dispositions inégalitaires au détriment de l'enfant adultérin ; la seule disposition transitoire actuellement prévue est donc celle de la proposition initiale, qui ne concernait que le sort du conjoint survivant...

² Tant et si bien que la question de la portée de l'arrêt *MAZUREK* demeure pendant ce délai de latence...

³ En ce sens J. MASSIP, obs. préc.

⁴ Civ., 1^{ère}, 8 juin 1982.

⁵ Comp. S. HOQUET-BERG, note préc.

⁶ Arrêt 13 juin 1979, *MARCKX CONTRE BELGIQUE* : la Cour conclut à la violation de l'art. 8 par la législation qui subordonne l'établissement du lien de filiation naturelle à une reconnaissance ou une action en justice.

retenue par une décision du Tribunal de grande instance de Brive-la-Gaillarde du 30 juin 2000¹. L'égalité dans la jouissance des droits et libertés issus de la CEDH ne suffit pourtant pas, à notre sens, alors qu'une différence considérable sépare enfant légitime et enfant naturel sur ce point : il existe, relativement à l'enfant légitime, un engagement parental pris par les époux au jour du mariage, alors qu'un tel engagement volontaire est sans équivalent à l'égard de l'enfant naturel. Prétendre que cet établissement automatique de la filiation découle du droit à une vie familiale suppose de réduire la filiation juridique à n'être que le décalque du lien de sang. C'est nier toute l'essence volontaire du lien de filiation.

Le refus du double lien de filiation incestueuse. Ne conviendrait-il pas d'abolir également l'article 334-10 qui empêche l'établissement du double lien de filiation relativement à l'enfant incestueux ? Parce qu'il restreint les droits de l'enfant en se fondant sur les circonstances de sa conception, la doctrine l'a suggéré². Hypocrite³, cette solution peut toutefois se justifier pour une raison symbolique : la société marque la répugnance extrême attachée à ce tabou social essentiel. Et cette répulsion morale, largement partagée en Europe, serait sans doute suffisante pour justifier l'admission de cette restriction des droits de l'enfant auprès de la Cour européenne.

- Les effets du lien de filiation naturelle

L'égalité de statut est écartée dans deux cas principaux.

Le premier est celui de l'autorité parentale : elle est plus souvent unilatéralement attribuée sur l'enfant naturel que sur l'enfant légitime. L'élargissement de l'attribution conjointe a été proposé pour "responsabiliser les pères"⁴ naturels. On peut discuter de l'efficacité de l'attribution de l'autorité si la réalité du lien paternel reste incertaine. On peut aussi faire valoir que le mariage a souvent tissé, ne serait-ce qu'un instant, des liens entre l'enfant légitime et son père, alors que rien de tel ne peut être présumé relativement à l'enfant naturel. Est-il dès lors vraiment contraire à l'égalité de la jouissance des droits et libertés d'attribuer l'autorité à la mère, alors que c'est elle qui élève l'enfant, qu'un autre aura peut-être seulement conçu avant de le reconnaître⁵ ? L'égalité ne suffit pas, en réalité, à condamner le droit français de l'autorité parentale ; cette condamnation ne peut procéder que d'une réflexion relative à cette institution qu'est l'autorité parentale, et notamment à la part qui doit être faite, en son sein, aux divers éléments qui sont le lien de sang, la volonté d'assumer l'enfant, la charge effective de ce dernier.

Le second est celui du nom. Chacun sait que le principe patronymique est réservé à la famille légitime, sous réserve du cas de l'enfant reconnu par ses deux auteurs et acquérant alors le nom de son père. Mais, là encore, y a-t-il vraiment atteinte à l'égalité entre les enfants ? Au-delà des arguments relatifs à la préservation symbolique de la paternité⁶, l'unité propre à la famille légitime (unité de domicile, d'autorité) ne justifie-t-elle pas que le principe patronymique lui soit réservé ? La réforme actuellement en discussion au Parlement⁷ unifierait dans une certaine mesure les règles d'attribution du nom puisque l'article 57 du Code civil donnerait désormais aux parents la liberté soit de choisir l'un de leurs deux noms soit d'accoler leurs deux noms lorsque la filiation de l'enfant est établie simultanément à l'égard de l'un et l'autre.

2°) Le statut des adultes

L'égalité entre les couples est un principe incertain, dans la mesure où la nature du lien de couple établi (mariage, pacte civil de solidarité, concubinage "simple"...) procède généralement d'un choix volontaire des adultes. Pourrait toutefois effectivement être discutée la question de la légitimité de la protection de telle ou telle famille plus que telle ou telle autre : elle devrait être appréciée à l'aune du critère de proportionnalité.

L'égalité entre les adultes conduit enfin à apprécier toutes les distinctions s'imposant aux intéressés : restriction de l'accès à tel ou tel statut de couple (condition d'âge, d'hétérosexualité, condition de santé mentale...), restriction à l'octroi de telle ou telle prérogative dans l'ordre de la parenté. La Cour est pour l'heure assez respectueuse de la

¹ Defrénois 2000, art. 37261, n° 86, p. 1310, D. 2001, 27 ; en l'occurrence il s'agissait de la dévolution de la succession de l'enfant concerné, décédé sans enfant ni conjoint, et dont la succession devait être dévolue à l'Etat si elle ne l'était à trois cousins germains, ce qui supposait d'établir leur lien de parenté avec le défunt, ce qui supposait de considérer que le nom de la mère dans l'acte de naissance valait établissement du lien de filiation, même sans reconnaissance.

² S. HOCQUET BERG, note préc..

³ Car dans le même temps on autorise l'action à fins de subsides, qui suppose admise la possible paternité du défendeur. V. en ce sens, F. TERRE, D. FENOUILLET, *Les personnes, La famille, Les incapacités*, Précis Dalloz, 1996, n° 67.

⁴ V. en ce sens le rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ.

⁵ On aurait pu, ici, promouvoir le mariage dans la mesure où les complications éventuelles de la vie des parents auraient pu conduire ceux-ci à régulariser leur situation pour profiter d'une autorité partagée.

⁶ V. en ce sens le rapport F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

⁷ Proposition de loi n° 2709 déposée par M. GERARD GOUZES à l'Assemblée nationale le 15 novembre 2000 et adoptée par elle en première lecture le 8 février 2001.

compétence législative des Etats sur le premier point au moins¹. La seule question délicate est relative au nom, et la réforme législative en cours serait de nature à supprimer toute discrimination entre homme et femme sur ce point².

¹ V. ainsi la question du mariage des transsexuels. Sur le second point, la chose se complique du fait de la prise en considération nécessaire de l'intérêt de l'enfant.

² Puisque le sexe des parents ne serait plus le critère d'attribution du nom, qui dépendrait uniquement de la chronologie de l'établissement des liens de filiation paternelle et maternelle et du choix éventuel des auteurs de l'enfant.

Débats

Michele DE SALVIA

La richesse de cet exposé me fait penser que les arrêts de la Cour sont peut être comme des kaléidoscopes. Il suffit de les tourner de différentes façons et les réverbères font jaillir d'autres lumières et d'autres formes. Moi, je pense franchement qu'il y a un excès de motivations dans cet arrêt et c'est là peut être aussi le fruit du rôle joué par l'agent du gouvernement. A partir de l'arrêt *Inze*, qui a été cité dans l'arrêt, qui dit clairement qu'il y avait un problème d'égalité successorale entre enfants nés dans le mariage et enfants nés hors mariage, en Autriche, le but étant de préserver l'unité familiale. Là on dit : seules de très fortes raisons peuvent conduire à estimer compatibles avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage. A partir de là, je crois que la cause était entendue, et si l'on songe à certains pays du nord de l'Europe où les naissances hors mariage, adultérins ou pas, représentent 50 % des naissances, on voit comment les problèmes du sud de l'Europe sont parfois à côté de la plaque !

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Si je peux me permettre, je pense qu'il ne faut pas confondre deux choses qui sont assez différentes, qui sont d'abord la naissance hors mariage, et vous avez tout à fait raison lorsque vous citez les chiffres, et ils sont très importants, et d'autre part, la naissance d'un enfant adultérin. Cela ne me paraît pas être tout à fait la même chose dans la mesure où, par hypothèse, la naissance d'un enfant adultérin aboutit au préalable à avoir méconnu un engagement qui a été pris dans le cadre matrimonial. Toute la motivation qui a trait à la naissance hors mariage des enfants dans l'arrêt me paraît assez déplacée car cela n'est pas la question. Cela a des incidences sur la protection de la famille puisque cela veut dire que la famille légitime est une institution moins importante dans notre société. Cela a des conséquences sur l'exclusivité du modèle de la famille légitime, mais pas directement sur le statut de l'enfant adultérin.

Michele DE SALVIA

C'est la question qui nous a été posée. Une affaire qui sera communiquée au gouvernement français : pourquoi enfant « adultérin » en 2001 ?

On va maintenant passer à une affaire difficile, aux contours imprécis, relations entre le père et l'enfant. Le problème de la soustraction de l'enfant aux parents naturels, problème très sérieux dans certains pays du nord où il y a une intervention massive de l'assistance publique, surtout en Suède et en Finlande. Il y a beaucoup d'affaires finlandaises par rapport à l'ensemble qui posent ce problème très grave.

La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit privé

Les relations entre le père et l'enfant : l'affaire Gnahore (19 septembre 2000)

par

Anne-Marie **LEROYER**
Professeur à l'Université de Paris XI

L'affaire *Gnahore c/ France* du 19 septembre 2000 concerne la question de la difficile conciliation du droit au respect de la vie familiale et de la protection du mineur en danger.

Il s'agit d'un ressortissant ivoirien, résidant en France et qui y élève seul ses trois enfants. Le plus jeune d'entre eux est hospitalisé parce qu'il présente un certain nombre de lésions (traumatisme crânien, hématome aux yeux, plaies au bras et à l'abdomen). Le père, suspecté d'être à l'origine de ces lésions, est inculqué de coups et blessures volontaires sur enfant de moins de 15 ans par ascendant. Les enfants sont tout de suite placés par le juge des enfants auprès de l'aide sociale à l'enfance sur le fondement de l'article 375 du Code civil.

La mesure de placement est fondée sur le fait que quelle que soit l'origine des blessures, le père ne présente pas les garanties matérielles et éducatives nécessaires pour assurer la santé et la sécurité de l'enfant. Il est notamment relevé que le père a un emploi de veilleur de nuit. Il est décrit par l'aide sociale comme un homme rigide, l'un de ses fils souffre de son autoritarisme, et surtout il est indiqué que, enfant, il a présenté des séquelles psychologiques dues semble-t-il non pas tant à l'existence de sévices, qu'à l'abandon de la mère. Il apparaît, précise le rapport du juge d'instruction, que les séquelles psychologiques se rattachent directement à la rupture avec le personnage maternel et que la mesure de placement est justifiée car il semble "dangereux de contraindre le père à assumer seul la charge d'une fonction maternante dont la caractéristique se fonde sur une présence continue".

Le père bénéficie finalement d'un non-lieu et demande donc que la mesure de placement soit reconsidérée. Non seulement le juge des enfants ne modifie pas la mesure, mais en plus il supprime le droit de visite du père devant l'angoisse manifestée par le fils à l'idée de rencontrer son père. Les rapports d'expertises précisent en outre que le père a un comportement violent, qu'il ne respecte pas les décisions du juge des enfants et qu'il est en conflit avec les services sociaux. Le père souffre d'un trouble psychologique important, mais refuse de suivre la thérapie ordonnée par le juge, comme condition de la reprise des relations avec ses enfants.

Après l'échec d'un pourvoi en cassation, le père forme un recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme, estimant que la mesure de placement est intervenue en violation de l'article 8 de la convention. La Cour considère qu'il y a bien ingérence dans la vie familiale, mais que cette ingérence ne méconnaît pas l'article 8 car elle paraît bien nécessaire dans une société démocratique.

Il convient de vérifier la portée de cette décision au regard des autres décisions de la Cour européenne sur ce point et son influence possible en droit interne (sur l'influence de la Convention en droit interne, v. spéc. A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur le droit civil*, Thèse dactyl. Paris II, 2001, sur l'assistance éducative, v. spéc. pp. 627 et s.).

I • Sensible recul de la CEDH dans le contrôle des atteintes portées au droit au respect de la vie familiale

L'ingérence de l'Etat dans la vie familiale ne peut être admise qu'à la condition d'être prévue par la loi et d'être nécessaire. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 8 de la convention. Cela étant le texte ne dit pas quand une ingérence de l'Etat est nécessaire et qui va apprécier cette nécessité.

La CEDH s'est déjà prononcée dans une décision antérieure sur cette question. Plus particulièrement, c'est avec l'arrêt *Johansen c/ Norvège*, du 7 août 1996 (sur cette décision v. spéc. J-P. MARGUENAUD, *RTDC*, 1997, 541), que la CEDH avait précisé la portée du droit au respect de la vie familiale sur les décisions rendues par le juge des enfants en matière d'assistance éducative.

Dans l'affaire *Johansen*, la Cour européenne avait fait une distinction entre l'existence de la mesure et son étendue.

*Sur l'existence d'une mesure de placement, la Cour avait reconnu que les Etats ont une grande latitude pour apprécier la nécessité de séparer l'enfant de ses parents. Comme dans d'autres décisions, elle avait utilisé l'expression de "certaine marge d'appréciation" (*Olsson c/ Suède* 24 mars 1988, *Ericksson c/ Suède* ; *Reime c/ Suède* ; *Hokkanene c/ Finlande*, 23 sept. 1994), on aurait pu penser qu'elle revenait ici à un contrôle moins important de l'attitude de l'Etat. Cela étant, une telle interprétation peut être sujette à caution, car les expressions varient fréquemment d'une décision à l'autre (*Scozzari et Giunta c/ Italie* du 13 juillet 2000, qui se réfère aussi à une certaine marge d'appréciation)

*Sur l'étendue de la mesure de placement, la Cour estimait qu'elle devait exercer un contrôle rigoureux sur deux points :

- D'une part, sur les restrictions éventuelles du droit de visite des père et mère. Elle estime que les mesures privant totalement un parent d'une vie familiale avec l'enfant ne doivent être appliquées que dans des circonstances exceptionnelles et ne peuvent se justifier que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

- D'autre part, sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale. L'article 8 met en effet à la charge de l'Etat des obligations positives destinées à s'assurer du respect effectif de la vie familiale.

Dès lors, il apparaît que l'article 8 contient une double exigence :

1. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent conduire à une rupture du lien familial.
2. Tout doit être mis en œuvre pour maintenir les contacts entre parents et enfants.

Dans notre arrêt, la Cour reprend la même distinction et les mêmes exigences pour l'appréciation de l'étendue de la mesure de placement. En l'espèce, elle relève que l'enfant est placé depuis plus de 8 ans, sans qu'il ait de contacts véritables avec son père. Elle précise que la reconstitution de la cellule familiale serait vraisemblablement pour lui un bouleversement difficilement supportable.

Par ailleurs, elle constate que les autorités publiques ont pris pour faciliter le regroupement de l'enfant et de son père toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles, mais que l'échec des dispositions prises trouve exclusivement sa source dans la conduite du requérant.

Sur le plan des principes, la décision paraît être dans la lignée de la jurisprudence antérieure, mais sur l'appréciation de l'étendue de la mesure de placement et des restrictions des droits des parents elle est moins rigoureuse.

En effet, la Cour rappelle qu'elle doit exercer un contrôle sur deux points:

- D'une part, sur les restrictions éventuelles du droit de visite des père et mère, qui doivent être exceptionnelles, et qui ne peuvent se justifier que si elles s'inspirent d'une exigence primordiale touchant à l'intérêt supérieur de l'enfant.

- D'autre part, sur les garanties destinées à assurer la protection effective du droit des parents et enfants au respect de leur vie familiale. L'article 8 met en effet à la charge de l'Etat des obligations positives destinées à s'assurer du respect effectif de la vie familiale.

Or, en l'espèce elle n'opère ce contrôle que sur le second point, c'est-à-dire qu'elle vérifie que les autorités ont bien pris toutes les mesures permettant d'assurer le respect effectif de la vie familiale. En revanche, elle passe allègrement sur le contrôle de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant que le droit de visite soit suspendu ou très partiellement accordé. Il n'en est pas dit un mot dans la décision. Or, on peut se demander où se trouvent ces éléments exceptionnels. Le comportement violent du père à l'égard des services sociaux, son refus de se livrer à une thérapie ne paraissent pas convaincants. La Cour relève simplement que les liens entre sa famille et l'enfant doivent être maintenus, sauf lorsque celle-ci s'en est montré indigne. Mais elle ne recherche pas si, en l'espèce, le père s'est montré indigne de l'exercice de son droit de visite.

Cette motivation est critiquable : elle est étrangère à la finalité de l'assistance éducative, elle est même étrangère aujourd'hui au retrait de l'autorité parentale. En réalité ce qui paraît motiver la décision du juge c'est que l'enfant s'épanouit dans sa famille nourricière et qu'il souhaite y demeurer. C'est là une toute autre considération.

II • L'apport de la décision en droit interne

A. Sur le plan des principes, le droit français paraît en conformité avec les exigences posées par la Cour européenne.

La conformité au droit européen se vérifie sur plusieurs points :

1• Les mesures qui permettent de confier l'enfant à un tiers en le séparant de ses parents sont toutes prévues par la loi (art. 247, al. 3, 256, 287-1, 289, 293, 294-1, 373-3, al. 2 et 3, 375, 375-3, 375-4, 375-5, 375-6, 376-1, 380).

2• Elles doivent aussi poursuivre un but légitime (la loi le mentionne expressément : art. 375).

3• La loi prévoit que ces mesures doivent être nécessaires pour être mises en œuvre et qu'elles doivent rester exceptionnelles.

Le principe de nécessité est affirmé, de manière générale, à l'article 371-3 du Code civil, selon lequel "l'enfant ne peut [...] être retiré [de la maison familiale] que dans les cas de nécessité que détermine la loi". Le droit interne est, sur ce point, en conformité avec les articles 7 et 9-1 de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant.

En matière d'assistance éducative, la loi prévoit, si cela est nécessaire, que le juge des enfants peut confier l'enfant à un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance par une mesure d'assistance éducative (art. 375-3, 2 C. c.).

L'article 375-2 C. c. énonce que "chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel" et la jurisprudence donne à l'expression milieu actuel le sens de milieu familial naturel (Civ. I, 23 janvier 1985, *Bull.*, n 35 ; Civ. I, 17 novembre 1981, *Bull.* n 336 ; Civ. I, 6 janvier 1981, *Bull.*, n 1 ; Civ. I, 20 mars 1979, *D.* 1979, IR, 431 ; Civ. I, 4 juillet 1978, *Bull.* n 249).

B. Sur le plan pratique, la décision risque cependant d'encourager les détournements de l'institution de l'assistance éducative.

*En effet, en droit interne, la mesure de placement est parfois utilisée comme un substitut de fait à l'adoption.

Par exemple, la Cour de cassation admet fréquemment qu'un enfant placé par le juge chez un tiers, y soit maintenu au motif qu'élevé depuis longtemps par ce dernier, il aurait été en danger s'il était revenu dans sa famille par le sang (Civ. I, 16 janvier 1979, *Bull.* n 22 ; Civ. I, 20 oct. 1987, *Lexi*, pourvoi n 86-80.065. Comp. Civ. I, 28 février 1989, *Lexi*, pourvoi n 87-05. 066 ; Civ. I, 2 mai 1990, *Lexi*, pourvoi, n 88-05. 050).

L'institution est en ce cas franchement déviée de son objectif, qui est d'assister les parents dans leur fonction éducative. Le placement soustrait l'enfant à son milieu familial naturel, mais ne saurait lui permettre de rester chez ses parents nourriciers.

*En ne s'assurant pas que des circonstances exceptionnelles font obstacle à l'exercice d'un droit de visite, le juge détourne aussi la mesure d'assistance éducative de sa fonction : assister les parents dans l'intérêt de l'enfant.

Cette décision confirme une contradiction inhérente au droit interne entre l'objectif de la mesure de placement qui est d'assister les parents dans leurs fonctions éducatives et la recherche de la stabilité de vie de l'enfant qui apparaît comme un élément important d'appréciation de l'intérêt de l'enfant.

Débats

Michele DE SALVIA

Comme vous le voyez, ce genre d'affaires est peut-être le genre le plus difficile à juger à Strasbourg parce que toutes ces questions ne se prêtent pas à une mesure objective. En matière de liberté d'expression, il y a certains jalons, mais ici il y a une appréciation qui a été portée par les juridictions internes. Le juge supranational apparaît très lointain et d'ailleurs à partir de la première affaire, l'affaire *Olsson*, qui a causé un choc en Suède, parce que c'était la première fois qu'on posait le problème, la Cour s'est limitée à parvenir à une solution en partant de situations objectives. Dans l'affaire *Olsson*, les trois enfants étaient dispersés, et donc l'éloignement rendait impossible la réunification. La Cour a posé certains principes : ces mesures doivent d'abord viser l'intérêt de l'enfant qui doit primer ; les mesures doivent tendre à la réunification parents-enfants et les moyens mis en œuvre ne doivent pas apparaître déraisonnables. Toutes ces mesures sont déterminantes.

Dans l'arrêt *Scozzari et Giunta*, il y avait aussi des éléments objectifs. Les enfants avaient été placés dans une institution, un *home* d'enfants, dans lequel opérait un « éducateur » qui avait été condamné dix ans auparavant pour pédophilie. C'était donc une situation étonnante à première vue. C'est l'ensemble de ces circonstances de fait qui font que la Cour peut sanctionner certaines décisions internes mais jamais dans leur origine. Ce n'est pas le placement qui est sanctionné, mais ce sont les mesures qui l'accompagnent. C'est le type d'affaire très difficile à juger à Strasbourg parce qu'il y a cet éloignement et le juge supranational n'a pas la maîtrise du dossier et le contact direct. Encore que dans cette affaire *Scozzari et Giunta*, la Cour a demandé au gouvernement italien de produire certaines cassettes-vidéo pour les visionner, cassettes qui avaient été tournées dans l'institution en question...

Frédéric ROLIN (professeur, Université d'Evry-Val d'Essonne)

J'ai été très intéressé par les deux exposés présentés. J'aimerais souligner dans l'exposé de Mme FENOUILLET-LASZLO une remarque tout à fait intéressante sur les tensions qui existent toujours entre les principes qui figurent dans la Convention et la manière de les mettre en œuvre dans la loi nationale. Si on raisonne en termes strictement normativistes, et si l'on considère que la Cour de cassation a vocation à appliquer les stipulations de la Convention de la même manière que la Cour elle-même, on pourrait dire que la messe est dite : l'interprétation du Code civil est fixé et les dispositions qui sont contraires au sens que la Cour a donné des stipulations de la Convention sont écartées, pas applicables, etc. etc. Mais ce qui est frappant dans l'application de la Convention par la Cour, c'est que c'est une machine à détricoter, à détruire du droit interne, sans reconstruire derrière. Je trouve que cette thématique d'une intervention du législateur avec des mesures transitoires spécifiques, qui clairement violeraient le sens que la Cour donne des stipulations de la Convention et l'incompatibilité qu'elle constate, mérite d'être approfondie. Il faudrait véritablement s'interroger sur la latitude qui pourrait être donnée au législateur, non pas tant de s'écarter des stipulations de la Convention, que de reconstruire des cohérences une fois les décisions de la Cour intervenues, car c'est véritablement un choc pour les internistes chaque fois qu'une décision de la Cour arrive concernant leur domaine : on voit un pan de droit s'effondrer et on se demande comment le reconstruire, dans quel délai, quelle cohérence réadopter. Il y a là quelque chose qui mériterait peut-être d'être évoqué, en particulier pour limiter l'effet des décisions de la Cour et permettre aux juridictions nationales d'atténuer quelque peu leur portée, pour le passé, le présent, voire le proche avenir, pour laisser le temps de reconstruire des cohérences nationales, qui sur certains points font débat, comme vous l'avez justement souligné.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Je crois que la difficulté est accrue par le fait qu'on ne sait même pas quel est le pan de mur qui est tombé ! On sait qu'il y a condamnation lorsque le concours survient entre un enfant adultérin et un enfant légitimé, et en cas de séparation de fait, mais pour le reste, on ne sait pas vraiment.

Si l'on s'en tient, comme vous l'avez très justement dit, au fait qu'il y a un principe d'égalité, ce principe fait tomber tout le statut successoral de l'enfant adultérin. Est-ce que c'est nécessairement une bonne chose ? Peut-être pas, dans la mesure où la protection des personnes qui font partie de la famille légitime est aussi une finalité que le droit familial ne me paraît pas devoir abandonner. J'imagine, par exemple, que le conjoint survivant pourrait être chassé du domicile conjugal par l'enfant adultérin. Il est clair que là il y a une question qu'il faut que le législateur tranche. Il me semble que la situation de concours entre l'enfant adultérin et le conjoint survivant est une situation qui ne peut pas se satisfaire du droit actuel mais l'égalité ne suffit pas. Il faut donc réformer la vocation successorale du conjoint survivant avec le statut de l'enfant adultérin. Cela fait vingt ans qu'on en parle !

Michèle DUBROCARD

A la suite de ce que vous avez dit sur l'affaire *Mazurek*, vous savez sûrement que le tribunal de grande instance de Montpellier a rendu une décision qui a écarté les dispositions de la loi de 1960 au profit de la jurisprudence *Mazurek*. Ceci est intéressant car, effectivement, c'est une possibilité qui est donnée à toute juridiction française d'écarter éventuellement une disposition de la loi dès lors qu'un arrêt de la Cour européenne, de manière non ambiguë, considère qu'il y a eu violation d'un droit garanti par la Convention.

Dans l'affaire *Mazurek*, il est clair que les dispositions de l'article 760 du Code civil ne sont pas conformes aux exigences de la Convention.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

A mon sens, c'est tout à fait clair, mais pour la non-ambiguïté de l'arrêt rendu par la Cour, je ne suis pas d'accord. Le seul problème soumis à la Cour concernait la dévolution de la succession d'une mère à ses deux enfants, l'un naturel légitimé, l'autre adultérin. Et la Cour insiste sur les faits particuliers de l'espèce.

Michèle DUBROCARD

Sincèrement, je crois qu'il n'y a de doute pour personne. C'est tellement vrai, qu'au niveau du Comité des ministres il est clairement demandé à la France de modifier les dispositions du Code civil, ce que le gouvernement s'est engagé à faire très prochainement. En tout cas, ce qui me paraît important, pour une des premières fois, on voit une juridiction nationale prendre à bras le corps une difficulté liée justement à un conflit éventuel de jurisprudence entre la Cour européenne des droits de l'Homme et l'application des dispositions nationales et cette fois-ci, la juridiction nationale le fait au profit de la jurisprudence de la Cour. C'est un événement important à souligner.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Vous avez tout à fait raison dans la mesure où c'est une des armes qui va effectivement permettre aux juridictions nationales de se plier aux exigences de la Cour. Le problème est, à mon avis, que cette solution n'est pas applicable à toutes les dispositions qui posent problème, toutes les dispositions qui concernent le statut successoral de l'enfant adultérin dans la mesure où, vous n'êtes pas sans savoir qu'il y a aussi l'attribution anticipée et l'attribution préférentielle. Que fera-t-on de ces deux séries de dispositions qui sont propres à l'enfant adultérin ? Est-ce qu'une juridiction peut les écarter en considérant qu'elles sont condamnées par la décision de la Cour européenne ? Je ne le crois pas, et en tout cas le magistrat qui le fera prendra une responsabilité qui, à mon avis, dépasse l'application de l'arrêt *Mazurek*.

Il faut prendre conscience de ce qu'il ne suffit pas que la Cour européenne ait condamné la France ; il me semble qu'une réforme d'ensemble doit être réalisée, notamment pour le concours avec le conjoint trompé. Je crois que ce serait vraiment supprimer une injustice pour en créer une autre, que de se contenter alors de l'égalité successorale des enfants car l'insuffisance de la vocation successorale du conjoint survivant ne pose pas le même problème, en fait, lorsque le conjoint est en présence d'enfants légitimés !

Marie-Laure NIBOYET

Vous avez indiqué le regret que vous éprouvez à l'égard du fondement qui a été choisi par la Cour pour asseoir sa décision. Je voudrais revenir sur cette question de l'applicabilité de l'article 1 du Protocole additionnel. Vous dites effectivement qu'il ne protège pas que le droit de propriété au sens strict, mais qu'il couvre tout le droit aux biens, mais jusqu'à présent, encore fallait-il, me semble-t-il, être titulaire d'un droit aux biens et ce que l'on entendait jusqu'à présent comme un droit certain. Or ici nous sommes dans le domaine des expectatives. La Cour a un peu escamoté la difficulté puisqu'elle se place au moment de l'ouverture : le droit est certain, mais en réalité pour qu'il y ait une atteinte aux biens, il fallait qu'il y ait un droit préalable à un bien. Alors est-ce que vous croyez qu'on peut considérer que cet arrêt nous invite à une extension du domaine de l'article 1 du Protocole pour la protection de toutes les expectatives, ce qui pourrait être extrêmement.....

Dominique FENOUILLET-LASZLO

A mon avis, c'est une interprétation beaucoup trop large, et elle ne correspond pas à l'intention initiale des rédacteurs. Mais on sait ce qu'il advient souvent de la volonté initiale...

Marie-Laure NIBOYET

Parce que certains auteurs le soutiennent, et cette question est vraiment en débat aujourd'hui.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

A mon avis, pour l'instant, il vaudrait mieux quitter ce terrain qui est très discutable techniquement et, surtout, qui me paraît très réducteur dans la mesure où c'est une question de statut familial qui est ici abordée, et s'en tenir au droit au respect des biens, c'est forcément limiter la portée de l'arrêt *Mazurek* alors que cet arrêt doit être considéré comme étant rendu en matière de statut familial et comme imposant à l'égalité de faire son chemin en matière de statut familial.

Marie-Laure NIBOYET

Je suis tout à fait d'accord avec vous pour donner une plus grande portée à l'arrêt *Mazurek*, mais mon inquiétude, en dehors de l'arrêt *Mazurek*, et donc du statut familial, c'est cette extension du concept de bien qui peut couvrir à ce moment là tout et n'importe quoi... et tout le champ économique notamment.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Ce qui est très curieux, c'est que dans les autres affaires, l'affaire *Marckx*, l'affaire *Vermeire*, la Cour européenne s'était fondée justement sur le statut familial, sur le droit à la vie familiale. Techniquement, la solution est discutable, et elle est symboliquement réductrice. Je la regrette donc à deux égards.

Michele DE SALVIA

J'interviens car la question qui a été posée est fondamentale. Elle pose le problème du rôle de la justice supranationale représentée par la Cour.

Que fait la Cour ? Jusqu'en 1975, on disait, *grosso modo*, la Cour condamne. L'Etat a « fauté », il paie, un point c'est tout. Puis il y a eu l'affaire *Ludicke*, affaire qui concernait les frais d'interprétation, l'adverbe « gratuitement » (visé à l'article 6 par. 3 e), interprété par la Cour comme consacrant une exonération totale. Le gouvernement allemand a résisté et a dit, mais non, l'article 53 déclare que je dois exécuter l'arrêt, si vous prenez le dispositif, qui dit seulement qu'il y a eu violation dans cette affaire, et que l'Etat doit verser une certaine somme. Il y a eu un baroud d'honneur, parce que le gouvernement allemand était nettement minoritaire, et finalement a prévalu l'autre option disant : il faut exécuter. J'ai dit tout à l'heure que malgré lui le Comité des ministres est un protecteur des droits de l'Homme, parce que c'est un organe collégial, ce n'est pas une somme d'Etats. Il va donc au-delà de ce que la Cour dit, et c'est pour cela qu'il y a une initiative venant à la fois de l'intérieur de la structure administrative du Conseil de l'Europe, de la direction des droits de l'Homme et de l'assemblée parlementaire qui dit : les arrêts de la Cour, pour être exécutés, doivent être beaucoup plus clairs. La Cour doit dire clairement ce qui ne va pas. La Cour n'aime pas cela, car il y a une longue tradition qui vient de ce que les pères fondateurs ont décidé en 1950. La Cour tranche le cas d'espèce. L'autre principe dit que l'arrêt de la Cour est déclaratoire et laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de tel ou tel article. L'Etat a une obligation de résultat et l'Etat doit faire la même chose que pour le procès équitable. Il n'y a pas qu'une seule façon d'envisager le procès équitable en matière pénale ou autre, mais le résultat doit être atteint. Peu importe par quelle voie on arrive à Rome, mais il faut y arriver !

Paul TAVERNIER

Je voudrais revenir au problème des enfants et du droit de la famille. Bien que je sois publiciste, ces deux affaires me paraissent intéressantes. Pour l'affaire *Gnahore*, qui est désormais définitive, je me demande s'il y a une influence de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant de 1989 ? Est-ce qu'elle est mentionnée ? Il ne me semble pas, alors que vous ayez insisté sur la notion d'intérêt de l'enfant, laquelle est centrale dans cette Convention.

Sur l'affaire *Mazurek*, je signale que cet enfant adultérin a eu le malheur de naître quelques semaines trop tôt, puisque sa mère était en cours de divorce. Il aurait pu être un enfant « naturel simple », comme on dit suivant une formule affreuse. Je suis d'accord avec vous : pourquoi placer le problème sur le plan patrimonial ? C'est erroné. Ce qui me semble assez bizarre, c'est que dans cet arrêt il n'y ait aucune référence à l'affaire *Marckx* ni à l'affaire *Vermeire*. Ces deux affaires se plaçaient sur le terrain de l'article 8. Vous avez attiré l'attention sur la nécessité aussi pour une future réforme législative de prévoir des dispositions transitoires. Je suis sensible à ces questions de droit intertemporel, mais justement la Belgique a été condamnée dix ans après l'affaire *Marckx*, pour n'avoir pas respecté les exigences de l'application temporelle de l'arrêt *Marckx*. Il faut faire très attention à la rédaction des dispositions transitoires pour éviter une nouvelle condamnation de la France.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Je suis tout à fait d'accord avec vous sur la nécessité absolue de dispositions transitoires, mais cela ne sera pas si facile, dans la mesure où, en présence d'un enfant adultérin, assez fréquemment, l'auteur de l'adultère prend des dispositions à l'avance et on va donc se trouver face à des dispositions qui ont été prises sur les conseils du notaire, et qui, le cas échéant, seront applicables alors que la réforme législative sera survenue. Si on se borne à appliquer les principes classiques de conflits de lois dans le temps, le droit antérieur est alors maintenu ; on va donc appliquer un droit condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme, et depuis modifié. Il risque de s'en suivre un casse-tête absolument épouvantable d'autant qu'on risque de plaider l'erreur sur la cause, l'erreur sur le mobile, ce qui en matière de libéralité est admis, etc. etc. Il y a là un nid à contentieux tout à fait considérable et je pense qu'il faut véritablement que le législateur statue vite.

Paul TAVERNIER

M. De Salvia pourrait peut-être nous dire pourquoi on n'a pas cité l'arrêt *Marckx* ?

Michele DE SALVIA

Je ne sais pas, mais je pense que la question essentielle, telle qu'elle a été vue par la Cour était la question qui a été posée dans l'affaire *Inze* : c'est clairement un problème de succession, et donc c'est une technique qui a été utilisée par la Cour, pour une raison d'économie très sûrement (pour ne pas avoir des arrêts de 40 ou 50 pages).

Dans l'arrêt *Marckx*, c'était l'inverse, le système belge ne prévoyait pas la transformation automatique du lien biologique en un lien juridique. Donc le droit belge n'appliquait pas le principe latin : *mater semper certa est*. L'autre aspect était plutôt accessoire : le fait qu'il y avait des difficultés, pour l'enfant né hors mariage, d'hériter de ses grands parents s'il y avait eu reconnaissance ou adoption par la mère. La Cour a une technique qui vise à cerner d'abord le problème principal tel qu'il semble ressortir des griefs du requérant.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Mais là le requérant avait invoqué l'article 8, et la Cour de cassation avait été saisie de ce texte et elle s'était opposée à son application. Donc la décision de la Cour européenne avait d'autant plus de poids et elle aurait eu d'autant plus de retentissement sur le terrain de l'article 8. Il y a donc là un grief fondamental à faire à la décision.

Paul TAVERNIER

Il y a d'ailleurs eu deux opinions dissidentes...

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Et alors que sur le reste la décision est rendue à l'unanimité, sur ce point, il y a eu effectivement deux opinions dissidentes.

Paul TAVERNIER

Il me semble que la rédaction de l'arrêt est critiquable au point de vue de la cohérence de la jurisprudence de la Cour et de sa clarté. Elle doit être claire pour des juristes moyens qui ne sont pas toujours des spécialistes de la question et qui sont issus de traditions juridiques très diverses. L'affaire *Mazurek* impliquait certainement une référence à l'affaire *Marckx* et à l'affaire *Vermeire*.

Michele DE SALVIA

Il y a tellement d'avocats que votre appel sera reçu !

Elsa HERVY (assistant de justice, T.G.I. de Nanterre)

Le rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ sur le droit de la famille, qui devrait a priori être un projet de loi de réforme du droit de la famille, propose de parfaire le mouvement d'égalité des filiations et donc de faire de l'enfant adultérin un enfant naturel ayant même statut. Qu'est-ce que vous en pensez Mme le professeur Fenouillet ?

En outre, quand le professeur LEROYER parle de l'assistance éducative, à mon sens, elle n'est pas là pour aider les parents, elle ne fonctionne que dans l'intérêt supérieur de l'enfant, quand les conditions relatives à la santé, à la moralité de l'enfant ou à son éducation ne sont pas réunies. Lorsque vous dites qu'il y a un détournement à ne pas replacer

l'enfant au bout de huit ans, si on se place du point de vue de l'enfant, si le juge des enfants estime qu'il y a un danger à ce moment là, ce n'est pas un détournement de l'assistance éducative, c'est continuer à prendre en compte la situation personnelle de l'enfant, et s'il y a réellement un danger ou pas au moment où le juge doit prendre cette décision. Honnêtement, je ne suis pas du tout sûr qu'on puisse affirmer aussi fort que vous l'avez fait qu'il y avait là un véritable détournement. Je pense qu'au contraire l'assistance éducative est une assistance de l'enfant (et non pas une assistance des parents pour les aider dans l'éducation), une assistance de l'enfant pour qu'il reçoive l'éducation à laquelle il a droit.

Dominique FENOUILLET-LASZLO

Pour ce qui est du rapport DEKEUWER-DEFOSSEZ, je pense qu'à partir de ce que j'ai dit sur le fait que l'inégalité successorale n'était ni une mesure de protection vis-à-vis de l'institution du mariage, ni une mesure de protection des enfants légitimes et de l'époux trompé, il est assez facile d'en déduire ce que je pense de ce rapport sur la question...

Anne-Marie LEROYER

Il y a un certain nombre de mesures qui sont effectivement prévues par la loi pour contrôler l'exercice de l'autorité parentale qui sont ressenties comme des mesures par lesquelles l'Etat s'ingère dans la vie familiale et dans la vie privée. Ces mesures sont les suivantes : l'assistance éducative, la délégation, il y a aussi l'article 350 notamment et, enfin, une quatrième mesure un peu plus ignorée : l'enfant confié à un tiers, après divorce, retrait, décès, etc. Toutes ces mesures, on l'a bien souligné, doivent rester exceptionnelles et elles ont toutes, à l'origine, une double finalité : la protection de l'enfant (c'est non seulement la finalité, c'est la condition), mais aussi (et cela apparaît de façon très claire dans tous les travaux préparatoires des lois sur l'assistance éducative, sur la déchéance, sur la délégation), d'aider les parents (et non pas de les punir, de sanctionner la fonction éducative) dans leur fonction éducative. C'est une des raisons pour lesquelles, d'ailleurs, on a débaptisé la déchéance pour parler de retrait, car on a dit : attention, actuellement, les finalités de ces institutions qui manifestent le contrôle de l'Etat sur l'autorité des parents doivent bien être comprises. En effet, il ne s'agit pas de sanctionner le comportement des parents, il ne s'agit pas uniquement de protéger l'enfant, il s'agit à la fois de protéger l'enfant et d'aider les parents. C'est une double finalité, qui n'apparaît pas comme condition dans les textes, mais qui apparaît dans l'esprit des lois. Elle apparaît d'ailleurs si manifestement qu'on en arrive à changer le vocabulaire... Cela me semble donc très dangereux quand on arrive à prendre une mesure où l'enfant est placé à quatre ans. En fait, c'est la mesure de placement elle-même qui est à l'origine de la rupture des relations entre les parents et les enfants. Quant la rupture est exceptionnelle, et reste exceptionnelle, parce qu'on vérifie qu'elle est toujours nécessaire, qu'elle reste provisoire, et le juge est parfois amené à dire que la mesure est prise pour une durée de tant de temps (c'est obligatoire), elle est révisable dans le délai de tant de temps, le droit de visite est accordé, ou n'est pas accordé, ou il est accordé au domicile d'un tiers, etc. Le juge pose des conditions très précises et la mesure va être reprise, réanalysée, mais dans cette affaire, ce n'est pas le cas : le placement a été décidé à l'âge de quatre ans, petit à petit les relations entre le père et l'enfant se sont distendues. A l'âge de 12 ans, on s'aperçoit que l'enfant n'a jamais vu son père ; le droit de visite, on n'a pas pu le lui redonner, car on s'est inquiété que le père ne suive pas de thérapie, qu'il soit toujours violent à l'égard des services d'aide à l'enfance, ce qu'on peut comprendre eu égard à la nationalité du père. On se retrouve dans une situation où l'on se demande si ce n'est pas la mesure de placement qui est à l'origine de la rupture.

Dans l'arrêt, et dans les faits qui sont mentionnés, la nationalité du père est un élément important car son avocat souligne bien le fait qu'il ne comprend pas pourquoi l'Etat français intervient dans ses rapports avec ses enfants, parce que, pour lui, le lien avec les enfants est un lien sacré, etc. Il y a un certain nombre d'éléments qui sont mis en avant qui sont des éléments plus de culture que de droit.

Effectivement, les conditions de la mesure ne sont pas celles-là, mais la finalité de la mesure, même si elle n'est pas explicite dans les textes, même si elle n'apparaît pas dans la lettre des textes parce qu'elle n'est pas indiquée à l'article 375, c'est clairement d'aider les parents. La mesure doit rester provisoire, elle doit être exceptionnelle. Quand on en fait une mesure durable pour maintenir l'enfant dans son foyer d'accueil, on dit : il y aura un danger pour l'enfant à retourner, le danger c'est d'être séparé de sa famille d'accueil, c'est cela le danger, et ce n'est pas de retourner vivre auprès de ses parents. Le danger indiqué à l'article 375, si l'enfant court un danger parce que l'autorité parentale telle qu'elle est exercée lui fait courir un danger, ce n'est plus la même chose. Il y a une différence entre dire il court un danger s'il retourne vivre chez ses parents, donc on le place (article 375, ce sont les conditions), et puis, il court un danger si on le retire de sa famille d'accueil, donc on maintient le placement. Ce n'est pas le même texte, et il faudrait songer à un autre, si on souhaite effectivement assurer la stabilité de vie d'un enfant qui est placé durablement auprès d'un tiers, parce qu'on souhaite maintenir la mesure de placement, parce qu'il y a des mesures de placement qui s'éternisent dans le temps et qui font qu'on se retrouve devant une famille « nourricière » qui n'a aucune autorité parentale sur l'enfant puisqu'elle peut accomplir les actes usuels d'éducation et de surveillance, mais normalement les parents sont toujours en présence au titre de mesures d'assistance éducative titulaires de l'autorité parentale. On se trouve en présence d'un système bizarre où l'enfant est élevé par la famille nourricière, où le père a toujours l'autorité

parentale, mais où en même temps il est prévu un droit de visite quelquefois, et la famille nourricière n'a pas le droit d'accomplir les actes graves. C'est un système qui semble donc détourner l'assistance éducative de sa fonction...

**Garde à vue et mauvais traitements :
l'affaire Caloc (20 juillet 2000)**

par

Dominique **ALLIX**
Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)

Le 29 septembre 1988, vers 14 heures, M. Caloc se présente sur convocation à la brigade de gendarmerie du Lorrain (en Martinique) pour être entendu sur la plainte d'un entrepreneur qui le soupçonnait d'avoir saboté deux bulldozers.

Placé en garde à vue, il tente quelques minutes plus tard de s'échapper pour rejoindre sa femme. Il est aussitôt rattrapé et ramené dans les locaux de la brigade où les gendarmes parviennent à le maîtriser.

Peu de temps après, il est examiné par un médecin, le docteur Thomas, qui constate qu'il ne se plaint d'aucune douleur et ne présente aucune lésion.

Il est interrogé de 19 à 23 heures, passe la nuit en chambre de sûreté, puis de nouveau interrogé, il est libéré en fin de matinée.

Le lendemain, il se fait examiner par un médecin, le docteur Keclard, qui constate : "une forte contusion prédeltoïdienne droite avec limitation de la mobilité de l'épaule droite...des traces d'enserrement aux deux poignets avec douleurs et limitation des mouvements...des douleurs lombaires avec scoliose transitoire due à une rétractation musculaire".

M. Caloc décide alors de porter plainte - ce qu'il fait le 18 novembre 1988 - auprès du procureur de la République de Fort de France contre les services de la gendarmerie du Lorrain pour coups et blessures volontaires et produit à l'appui de cette plainte le certificat médical du docteur Keclard.

Une enquête est ouverte, mais après audition de l'intéressé et des médecins qui l'avaient examiné, cette plainte est classée sans suite, les éléments portés à la connaissance du parquet ne pouvant, en l'état, justifier des poursuites pénales.

M. Caloc qui n'entend pas en rester là réitère donc sa plainte en se constituant partie civile et engage une procédure qui, après qu'une information approfondie et minutieuse ait été diligentée, se solde, quelques années plus tard, par un arrêt de non-lieu rendu par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Basse-Terre le 15 décembre 1994.

De cet arrêt, il ressort :

- qu'il y a bien eu violence mais que la preuve n'est pas rapportée que Caloc ait été frappé ou battu ;
- que la preuve n'est nullement rapportée que Caloc ait subi des sévices après l'action initiale des gendarmes visant à le maîtriser et que c'est à ce moment seulement qu'il a fait l'objet de violences dont les conséquences corporelles ont été constatées par le docteur Keclard ;
- que l'usage de la force était parfaitement légitime, les violences commises à cette occasion n'ayant pas excédé ce qui est admissible en la matière.

M. Caloc juge alors utile de se pourvoir en cassation mais, par arrêt du 6 mars 1996, la Chambre criminelle rejette ce pourvoi et relève que : "en référant aux résultats des expertises médicales et aux témoignages et déclarations recueillis au cours de l'enquête et de l'information, la Chambre d'accusation a exposé les motifs par lesquels elle a estimé qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir volontairement commis des violences à l'égard du requérant".

C'est dans ces conditions qu'estimant avoir fait l'objet de mauvais traitements et dénonçant la durée de la procédure, M. Caloc décide de saisir la Commission qui, par 28 voix contre une, devait conclure, en ce qui concerne les mauvais traitements, à la non-violation de l'article 3, et, en ce qui concerne la durée de la procédure, à la violation de l'article 6 §1.

L'affaire lui ayant été déférée par la Commission, la Cour a conclu à son tour, par six voix contre une, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 3 de la Convention, et, à l'unanimité, qu'il y avait eu violation de l'article 6 §1 de la Convention.

1 • Sur la non-violation de l'article 3

La Cour rappelle :

- que lorsqu'un individu se trouve privé de sa liberté, l'utilisation à son égard de la force physique alors qu'elle n'est pas rendue nécessaire par son comportement porte atteinte à la dignité humaine et constitue en principe une violation du droit garanti ;

- que lorsqu'un individu est placé en garde à vue alors qu'il se trouve en bonne santé et que l'on constate qu'il est blessé au moment de sa libération, il incombe à l'Etat de fournir une explication plausible quant à l'origine des blessures, faute de quoi l'article 3 de la convention trouve manifestement à s'appliquer.

A • Ces principes étant rappelés, la Cour se prononce tout d'abord sur l'absence alléguée d'enquête effective en examinant ce grief sous l'angle d'une violation procédurale de l'article 3.

Rappelant que des obligations processuelles peuvent être dégagées, dans divers contextes, de dispositions normatives de la Convention lorsque cela a été perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs, la Cour précise que "lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, des traitements contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention de reconnaître à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, requiert par implication qu'il y ait une enquête officielle effective". Une enquête, précise encore la Cour, qui doit pouvoir mener à l'identification et à la punition des responsables, enquête à défaut de laquelle il serait possible dans certains cas à des agents de l'Etat de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle.

La question de savoir s'il était approprié ou nécessaire de constater une violation procédurale dépendait donc des circonstances particulières de l'espèce.

Or, estime la Cour, il ne saurait être soutenu que la procureur de la république dans le cadre de l'enquête préliminaire menée suite à la plainte du requérant n'ait pas procédé de manière effective à une enquête, ni qu'il ait fait preuve d'inertie ou de manque de diligence, pas plus qu'il n'est contesté que dès qu'elle fut saisie de la plainte avec constitution de partie civile la Chambre d'accusation de Basse-Terre effectua de nombreuses diligences pour établir les faits, ni qu'elle les accomplit avec une particulière minutie.

B • Quant aux allégations de violences commises lors de la tentative de fuite du requérant, la Cour -comme dans l'affaire *Klass c/ Allemagne*, 22 septembre 1993- "n'aperçoit pas de circonstances particulières propres à douter des constats des juridictions nationales quant à l'origine de ces douleurs et séquelles physiques qui peuvent être considérées comme consécutives aux violences commises lors de la tentative de fuite du requérant".

Recherchant alors si la force utilisée était en l'espèce proportionnée, la Cour conclut qu'il n'a pas été démontré que la force employée lors de l'intervention ait été excessive ou disproportionnée.

Formule lourde de conséquences puisqu'elle laisse clairement entendre que c'était au requérant, dont il est établi qu'il avait tenté de s'enfuir, de rapporter la preuve des mauvais traitements qu'il prétendait avoir subi. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Klass* du 22 septembre 1993, le juge PETTITI s'étonnait déjà qu'une simple tentative de fuite puisse dispenser l'Etat d'avoir à justifier de la légitimité de la riposte de ses agents.

C • Quant aux allégations de violences commises par les gendarmes postérieurement à la fuite - le requérant prétendait avoir subi des violences après la visite du docteur Thomas et , en particulier, être resté enchaîné en chambre de sûreté les bras écartés pendant la nuit - la Cour reconnaît que les lésions subies par le requérant peuvent cadrer avec cette version des faits, mais elle observe qu'ayant eu l'avantage d'entendre le requérant ainsi que divers témoins, les juridictions nationales avaient conclu que le requérant s'était blessé en résistant à son arrestation lors de sa tentative de fuite et qu'il n'avait fait l'objet d'aucun autre mauvais traitement après cet incident.

Estimant alors qu'aucun élément propre à remettre en cause les constats de la Chambre d'accusation de la cour d'appel de Basse-Terre, ni de nature à étayer les allégations de l'intéressé devant les organes de la Convention, n'a été fourni, la Cour est d'avis, avec la Commission, que les allégations du requérant quant au traitement qu'il aurait subi

après la visite du premier médecin en fin d'après-midi le 29 septembre 1988 ne sont pas étayées de façon suffisamment précises et suffisamment exemptes de contradiction pour que la Cour puisse conclure à une violation de l'article 3.

Il reste qu'en privilégiant - au-delà de tout doute raisonnable - l'explication suivant laquelle les douleurs et séquelles physiques présentées par le requérant à l'issue de sa garde à vue ne seraient imputables qu'aux violences commises lors de sa tentative de fuite, la Cour ne se prononce aucunement sur les conditions de détention qui auraient pu être, à elles seules, inhumaines et dégradantes.

2 • Sur la violation de l'article 6 §1

A • La Cour rejette tout d'abord l'exception préliminaire soulevée par le Gouvernement : la requête serait incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention, le requérant n'ayant formulé aucune demande de dommages et intérêts devant les juridictions pénales saisies de sa plainte avec constitution de partie civile et l'arrêt de non-lieu du 15 décembre 1994 motivé par l'absence de charges suffisantes laissant intactes les prétentions de caractère civil du requérant...

Notant que cette exception a déjà été examinée par la Commission qui a décidé de la rejeter, la Cour la rejette à son tour en renvoyant à l'analyse de la Commission.

Analyse dont on retiendra :

- qu'en portant plainte avec constitution de partie civile, le requérant entendait obtenir réparation du préjudice subi du fait d'une infraction pénale ;
- que la procédure s'étant terminée par un non-lieu, une action civile fondée sur la responsabilité des gendarmes était vouée à l'échec et n'était qu'un recours illusoire dans la mesure où le requérant qui n'a pu démontrer le bien-fondé de ses allégations devant les juridictions pénales n'avait aucune chance de le faire devant les juridictions civiles ;
- que le droit à indemnité revendiqué par le requérant dépendait donc de l'issue de la plainte, c'est à dire de la condamnation des auteurs des sévices incriminés, et revêtait un caractère civil nonobstant la compétence des juridictions pénales.

B • Restait alors à se prononcer sur la durée de la procédure au regard des exigences de l'article 6.

Rappelant que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie à l'aide des critères suivants : la complexité de l'affaire, le comportement des parties et le comportement des autorités saisies de l'affaire, la Cour relève avec la Commission :

- que la procédure fut d'une durée de plus de sept ans s'agissant de la seule instruction de la plainte avec constitution de partie civile du requérant ;
- que près de deux ans furent nécessaires afin que le président de la Chambre d'accusation de Basse-Terre soit désigné pour instruire cette plainte, les autorités judiciaires ayant au préalable considéré à tort que les faits litigieux n'étaient pas susceptibles de faire l'objet d'une constitution de partie civile.

Or, estime la Cour, une diligence particulière s'imposait aux autorités judiciaires saisies s'agissant de l'instruction d'une plainte déposée par un individu en raison de violences prétendument commises par des agents de la force publique à son encontre et même si la Chambre d'accusation de Basse-Terre s'est livrée à une enquête spécialement approfondie et minutieuse, au total la diligence requise n'a pas été observée en l'espèce.

"Souvent l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais", des délais dont la Cour a estimé qu'ils avaient causé au requérant un tort moral certain - celui d'avoir nourri de faux espoirs pendant sept ans ? - pour lequel 60 000 F. lui ont été octroyés.

Débats

Michèle DUBROCARD

A mon sens, cette affaire n'aurait jamais dû aller devant la Cour. La Commission avait pris le soin de prendre sa décision dans sa formation plénière (28 juges contre 1), et le rapport avait été rendu quasiment à l'unanimité. Avec un tel écart de voix, on pouvait s'attendre à ce que l'affaire puisse rester au niveau de la Commission. C'est avec une grande surprise que nous avons appris au niveau du gouvernement que la Cour avait été saisie, et cette dernière n'a fait que confirmer le rapport très fouillé qu'avait fait la Commission, lequel rapport s'appuyait sur l'arrêt de la Chambre d'accusation qui était lui-même étonnamment étayé. Il est rare en effet de voir des arrêts de Chambres d'accusation dire n'y avoir lieu à suivre et faire, comme en l'espèce, une dizaine de pages ; la Chambre d'accusation avait pris le problème point après point, s'était posée tout un ensemble de questions pour essayer d'éclaircir au mieux cette affaire. Je pense que de ce point de vue là le gouvernement français n'a rien à dire. Sur la durée de la procédure non plus : c'est vrai qu'elle a été longue. On peut l'expliquer par le dépaysement de l'affaire et le fait que la Chambre d'accusation ait elle-même fait procéder à de nombreux examens et à de nouvelles investigations, mais il est vrai que globalement 7 ans, c'est long... Pour une fois, nous sommes très satisfaits de l'arrêt rendu par la Cour.

Gilbert BITTI

Après l'agent, c'est le conseil qui intervient ... Il y a un mot que vous avez prononcé qui me semble très important, c'est le mot contradiction. Caloc n'a en effet pas arrêté de se contredire. Il commence par produire un certificat où il a une douleur à l'épaule gauche, puis d'un seul coup, en cours de procédure, ce sera à l'épaule droite, puis à l'épaule gauche. En 1994, il va ensuite déclarer que les policiers lui ont fait passer 8 heures dans une chambre où là il a eu les bras écartés et qu'on lui a fait subir le supplice de la croix !...

Dominique ALLIX

La première contradiction, ce n'est pas Caloc, mais les médecins qui en sont à l'origine. Le docteur Thomas affirme qu'il ne s'est rien passé pendant l'arrestation et qu'il n'a rien constaté d'anormal. Puis le docteur Keclard, confronté à ce curieux constat, explique : c'est normal, les bleus et les courbatures apparaissent 48 heures après !

En réalité, les gendarmes étaient confrontés à une tentative de rébellion et il fallait que force reste à la loi. Le gouvernement français n'a d'ailleurs jamais contesté qu'il y avait eu usage de la force. On ne peut pas arrêter quelqu'un qui se débat, qui tente de s'échapper, en lui donnant un morceau de sucre... cela ne marche pas.

Mais fallait-il rendre un arrêt de 30 pages pour expliquer qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 3 et laisser planer un doute sur la manière dont cette garde à vue s'était déroulée au motif que les déclarations de l'intéressé étaient contradictoires ?

Michèle DUBROCARD

Très rapidement, j'ajoute un élément d'information supplémentaire. Dans l'affaire *Selmouni*, nous avons été condamnés, et il est important de prendre en compte l'activité du Comité de prévention de la torture qui avait rendu un rapport manifestant quelques préoccupations à l'égard de la garde à vue dans les locaux de la police. En revanche, les rapports du Comité de prévention de la torture ont toujours été des rapports assez élogieux à l'égard de la gendarmerie, et on peut se demander également dans quelle mesure la Cour européenne n'a pas pris en considération, sans le dire, les rapports que rend régulièrement le Comité de prévention de la torture à l'égard de la gendarmerie...

Dominique ALLIX

Je pense que cet arrêt aurait été le bienvenu si, s'agissant d'apprécier la proportionnalité de la force utilisée, la Cour n'était pas tombée dans l'erreur de l'affaire *Klass*. En effet, la Cour laisse entendre que c'était au requérant qui avait tenté de s'enfuir de prouver que les moyens de contrainte utilisés étaient disproportionnés. Or comme le soulignait le juge PETTITI dans son opinion dissidente sur l'affaire *Klass* : fournir une explication plausible à l'origine des blessures - ce dont le gouvernement devait rapporter la preuve - c'est prouver aussi que les blessures n'excèdent pas ce qui est raisonnable...

Véronique CHAUSSARD-HUGUES (ancien gendarme en brigade territoriale)

Mon propos ne souhaite remettre en cause ni la valeur de l'arrêt présenté, ni la légitimité de la requête d'Adrien Caloc, tels que l'exposé du professeur ALLIX nous les présente. Cependant, trois choses m'ont interpellée dans cette affaire.

La première, c'est qu'effectivement le premier médecin n'a pas remarqué de traces sur le corps de M. Caloc. C'est possible puisqu'au tout début de la garde à vue, nous, gendarmes, faisons intervenir un médecin afin de savoir si la garde à vue est juridiquement valable, c'est-à-dire si elle "est compatible avec l'état de santé de l'individu".

La seconde remarque concerne les bleus. M. Caloc est en garde à vue, il cherche à s'échapper. L'officier de police judiciaire présent essaie avec les deux autres gendarmes de le maîtriser. Il peut s'en suivre alors selon le degré de résistance et de volonté du mu mis en cause, des "bleus" ou des ecchymoses liés à la lutte. En précisant cependant que la présence des bleus a posteriori ne prouve aucunement leur imputation à la garde à vue. La visite médicale de M. Caloc a lieu quelques jours après la fin de sa garde à vue... Il faut noter que les menottes ont un système à clips, ce qui a pour conséquence, à vouloir les retirer de force, de les serrer encore davantage. Elles peuvent donc effectivement laisser des marques à la personne qui cherche à s'en débarrasser. De plus, il peut très bien s'être fait du mal lui-même en cherchant à s'enfuir. L'intéressé lui-même parle de "panique". L'arrêt est très précis puisqu'il dit : "il s'est blessé..." et ne semble pas mettre en cause la lutte qu'il apparaît avoir de lui-même engagé de par son attitude.

Troisième point important : lorsqu'il dit qu'il "avoir été enchaîné les bras en croix dans une chambre de sûreté", un "cachot". Depuis le bagne de Toulon, Les moyens de détention de police ont évolué. D'une part, les chambres de sûreté sont des lieux faits de béton (il n'y a pas d'anneau) et une personne qui y est présente de par sa garde à vue, se voit retirer sa ceinture, sa cravate, et un certain nombre d'objets avec lesquels elle pourrait justement porter atteinte à son intégrité physique. Il y a une fenêtre, certes (il ne s'agit pas d'un "cachot" comme le déclare M. Caloc), celle-ci est généralement équipée de pavés de verre pour éviter toute tentative d'évasion, ou de suicide (pendaison à la crémone, par exemple). D'autre part, ce sont des lieux entretenus et régulièrement visités (comme le faisait remarquer le représentant du gouvernement) : nos bureaux sont le plus souvent contigus à ces chambres de sûreté et la gendarmerie n'apprécie pas de travailler dans les mauvaises odeurs...

J'ai le sentiment à la fin de cet exposé que les conditions et les moyens d'exercice de la police judiciaire décrits (selon les termes de M. Caloc) font appel à une vision judiciaire d'il y a 100 ans, au moins... Les moyens de police ont évolué, même aux Antilles !

Arlette HEYMANN-DOAT

Je pense qu'on fait là une erreur d'interprétation. Il n'y a pas de question sur le fond. On n'est pas dans le cas *Selmouni*. On est dans la question, comme Dominique l'a bien montré, de procédure. Si la France a été condamnée, c'est sur la longueur de la procédure judiciaire, pour voir si oui ou non il y avait eu mauvais traitements dans le cadre de cette garde à vue. Sur ce point, je trouve que l'arrêt *Caloc* est remarquable et doit être médité. Il va dans le sens de ce que va faire la France d'ailleurs, c'est-à-dire que la police et la gendarmerie ne doivent pas craindre des enquêtes de procédure judiciaire de plaintes, au contraire, on doit les mener avec célérité et toute la question est là. La France doit être capable de prouver que sa police agit de façon conforme au droit et à la Convention européenne des droits de l'Homme. C'est cela que dit la Cour, ce n'est pas une question de fond, c'est une question de forme. On doit mener rapidement des procédures d'enquêtes sur toutes les allégations de mauvais traitements qui auront été faits dans le cadre des gardes à vue.

Dominique ALLIX

Vous avez tout à fait raison, mais en un quart d'heure, il est très difficile d'expliquer le détail de la procédure. En réalité, ce qui a entraîné des longueurs dans la procédure, ce n'est pas du tout l'enquête préliminaire de trois mois, et ensuite toutes les expertises... mais là où la procédure a été mal enclenchée, c'est lorsqu'au regard de l'article 687, à propos de la délocalisation de l'affaire, il y a eu un pourvoi en cassation. On a estimé d'abord que c'était contraventionnel et qu'il n'était donc pas possible de se constituer en partie civile, qu'il n'y avait pas lieu à délocalisation ; il y a eu une procédure et des incidents qui en ont retardé le cours. Mais ce n'est pas le fait des services de gendarmerie, qui ont agi conformément aux réquisitions du parquet.

Michele DE SALVIA

Pourquoi un arrêt *Caloc* ? Parce que c'est une allégation grave, sérieuse (l'article 3 de la Convention), mais aussi pour « laver » le gouvernement de tout soupçon. Il faut replacer cette affaire française dans son contexte. La France est un pays important en Europe, mais c'est un des 41 pays du Conseil de l'Europe. Il y a d'autres situations : en Lituanie, en Turquie, en Grèce aussi. Cet arrêt a un effet didactique. On peut le montrer, on peut faire un recours. On va en Turquie, on dit : voilà ce qu'il faut faire, voilà ce que vous ne faites pas, voilà pourquoi vous êtes condamnés. Il a une grande utilité.

**L'équité de la procédure en appel et en cassation :
l'affaire Van Pelt (28 mai 2000)**

par

Olivier **BACHELET**

Allocataire de recherche à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

« Quand on est contumax, on ne peut récuser, et on n'est point admis à récuser par procureur »¹. C'est en réponse à cette affirmation qu'est intervenu, dans le prolongement de l'affaire *Poitrimol c/ France*², l'arrêt *Van Pelt* du 28 mai 2000. De manière plus générale, cette affaire porte sur la conventionnalité du principe selon lequel toute personne mise en cause, dans le cadre d'une procédure pénale, et absente sans excuse valable, lors de son jugement, perd son droit à être défendu. Incidemment, cet arrêt vient confirmer la jurisprudence de la Cour, ayant mené à la censure du système français, s'agissant de l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé par le prévenu qui ne s'est pas constitué prisonnier en exécution de la décision attaquée.

En l'espèce, après son extradition de l'Espagne vers la France, le requérant – de nationalité néerlandaise – avait été inculqué, fin 1987, pour infraction à la législation sur les stupéfiants, contrebande et intérêt à la fraude. L'instruction permit de révéler l'existence d'un réseau international de trafic de stupéfiants et mena à la mise en cause de plusieurs personnes de nationalités différentes.

Renvoyé devant le tribunal correctionnel de Bobigny, en janvier 1990, le requérant fut condamné pour trafic de stupéfiants à dix-huit années d'emprisonnement et à l'interdiction du territoire français. Toutefois, la Cour d'appel de Paris infirma ce jugement au motif que « s'il existe à l'encontre de Van Pelt les charges très lourdes de culpabilité relevées par le tribunal, il subsiste néanmoins un très léger doute, mais qui doit lui profiter et entraîner la relaxe ». Sur pourvoi du procureur général, la Cour de cassation cassa cet arrêt en soulignant la contradiction des juges d'appel ayant constaté l'existence de lourdes charges et, pourtant, prononcé la relaxe³.

Renvoyée devant la Cour d'appel d'Amiens, en mars 1993, l'affaire fit l'objet d'un premier renvoi aux fins, notamment, de citation du requérant. Après plusieurs demandes de renvoi, les avocats de la défense produisirent deux certificats médicaux indiquant que le requérant avait été hospitalisé et demandèrent, une nouvelle fois, le renvoi de l'affaire. La Cour d'appel rejeta cette demande, au motif que les certificats produits étaient trop imprécis pour justifier l'absence du requérant, et statua sur le fond sans que les avocats de la défense ne soient entendus. Sur le fondement d'éléments objectifs issus du dossier, venant corroborer les accusations et témoignages, les juges d'appel confirmèrent le jugement de première instance et délivrèrent mandat d'arrêt à l'encontre du requérant. La Cour de cassation déclara, en octobre 1995, irrecevable le pourvoi formé par le requérant et refusa donc d'apprécier le refus opposé par la Cour d'appel d'entendre les avocats de M. Van Pelt. Elle fonda sa décision sur le fait que, n'ayant pas déféré au mandat d'arrêt décerné contre lui, le requérant « ne justifiait d'aucune circonstance l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de se soumettre en temps utile à l'action de la justice » (§ 30).

Le requérant saisit alors les organes de Strasbourg afin qu'ils constatent la violation de l'article 6 de la Convention en raison du caractère excessif de la durée de la procédure, de l'impossibilité d'un plaidoyer de la défense sur le fond devant la Cour d'appel de renvoi et du rejet pour irrecevabilité du pourvoi par la Cour de cassation.

1. S'agissant de la violation alléguée de l'article 6 § 1, de la Convention, sur le fondement d'une durée déraisonnable de la procédure, la Cour reprend sa jurisprudence traditionnelle⁴. Ainsi, elle détermine, au préalable, la période à prendre en considération qui, selon elle, s'étend de l'arrestation du requérant en Espagne – donc, avant même son extradition vers la France – jusqu'au prononcé du dernier arrêt de la Cour de cassation. A la suite, elle rappelle les critères permettant d'apprécier le caractère raisonnable, ou non, de la durée de la procédure, en particulier la complexité

¹ JOUSSE, *Traité de justice criminelle de France*, édition 1771, Livre II, titre XVII, p. 331.

² CEDH, arrêt *POITRIMOL C/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *Droit Pénal* 1994, n° 96 et 97 ; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 6^{ème} édition, 1998, pp. 263-264 ; V. DELAPORTE, *Cahiers du CREDHO* 1994, n° 2, pp. 43-62.

³ Crim., 3 février 1992, *Bull. crim.*, n° 47 : cet arrêt renvoie à l'interdiction faite au juge d'invoquer un doute au soutien de sa décision, corollaire de la prohibition du déni de justice.

⁴ Voir notamment : CEDH, arrêt *RINGEISEN C/ AUTRICHE* du 16 juillet 1971, série A n° 13 ; arrêt *ECKLE C/ ALLEMAGNE* du 15 juillet 1982, série A n° 51.

de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes. Or, en l'espèce, la Cour souligne la grande complexité de l'affaire, liée au caractère international du trafic de stupéfiants. En outre, elle précise qu'au cours de la phase d'instruction, ayant duré un peu moins de trois ans, le magistrat instructeur a diligencé de nombreux actes et a, notamment, entendu à six reprises le requérant. Enfin, elle relève que la phase de jugement a donné lieu à quatre instances différentes en seulement sept années, ce qui ne permet pas d'imputer un délai excessif aux autorités judiciaires compétentes. Dès lors, la Cour conclut à la non violation de l'article 6 § 1, quant à la durée de la procédure.

Si cette solution peut être discutée, comme l'indiquent deux juges¹ dans leur opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt, notamment au regard de la période de dix-huit mois séparant l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi et celui de la Cour de cassation, ce n'est pas sur la question de la durée de la procédure que repose l'intérêt essentiel de l'arrêt *Van Pelt*. En effet, c'est surtout au regard des deux autres violations alléguées de la Convention que l'argumentation de la Cour révèle toute sa pertinence.

2. S'agissant de l'impossibilité pour les avocats de la défense de plaider au fond devant la Cour d'appel de renvoi, le requérant appuie son raisonnement sur la jurisprudence antérieure de la Cour européenne qui a déjà condamné à plusieurs reprises un tel obstacle à l'exercice des droits de la défense². Le Gouvernement français, quant à lui, expose une argumentation proche de celle développée lors de l'affaire *Poitrinol* en affirmant, de manière lapidaire, que « le requérant ne pouvait se dispenser de comparaître, à moins de produire une excuse valable », ce qui implique qu'« il ne pouvait se faire représenter par un avocat en son absence » (§ 59).

Afin de trancher cette opposition, la Cour relève, au préalable, qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur la manière dont la Cour d'appel a apprécié les certificats médicaux produits par le requérant dans la mesure où il s'agit « d'éléments de preuve relevant de l'appréciation souveraine des juges des juridictions internes » (§ 64). Ceci constitue donc une application de sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle « si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne »³.

Abordant de manière plus directe la question de l'impossibilité pour les avocats du requérant de plaider en son absence, la Cour souligne que la comparution d'un prévenu revêt une importance capitale au regard tant du droit de celui-ci à être entendu que de la nécessité de contrôler l'exactitude de ses affirmations et de les confronter avec les dires de la victime ainsi que des témoins. Ceci implique donc que le législateur s'emploie à décourager les absences injustifiées. Toutefois, selon la Cour, le droit de tout prévenu à être effectivement défendu par un avocat fait partie des éléments fondamentaux du procès équitable. Or, ce droit ne saurait disparaître du seul fait de l'absence aux débats de la personne mise en cause. En effet, la sanction d'une absence injustifiée consistant en la suppression du droit à l'assistance d'un défenseur apparaît disproportionnée dans la mesure où « les exigences légitimes de la présence des accusés aux débats peuvent être assurées par d'autres moyens que la perte du droit à la défense » (§ 67)⁴. Dès lors, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1, combiné avec l'article 6 § 3, c), de la Convention.

Cette solution apparaît largement inspirée de celle dégagée dans l'arrêt *Poitrinol* bien qu'un point important distingue les deux affaires. En effet, dans l'arrêt *Poitrinol*, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait refusé à l'avocat de la défense la possibilité de plaider au fond au motif que le prévenu n'avait pas déféré au mandat d'arrêt décerné par le Tribunal correctionnel⁵. En revanche, dans notre arrêt, si la Cour d'appel de renvoi adopte une solution identique, elle la fonde de manière différente, en relevant le caractère imprécis et non circonstancié des certificats médicaux produits par le prévenu⁶. Ainsi, alors que, dans l'arrêt *Poitrinol*, la décision litigieuse était fondée sur un motif de droit, emprunté à une jurisprudence bien établie⁷, dans notre arrêt, le fondement invoqué repose sur un motif de fait.

Cette différence est d'importance. En effet, à la lecture de l'arrêt *Poitrinol*, il apparaissait que seule était en cause l'ancienne règle jurisprudentielle, puisée dans les principes généraux de la procédure pénale⁸, selon laquelle le prévenu

¹ Il s'agit des juges Françoise TULKENS et Sir Nicolas BRATZA.

² CEDH, arrêt *POITRIMOL C/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *op. cit.* ; arrêts *LALA et PELLADOAH C/ PAYS-BAS* du 22 septembre 1994, série A n° 297, A et B ; arrêt *VAN GEYSEGHEM C/ BELGIQUE* du 21 janvier 1999, *Recueil* 1999, I.

³ CEDH, arrêt *SCHENK C/ SUISSE* du 12 juillet 1988, série A n° 140, § 46.

⁴ La Cour reprend ici les développements de son arrêt *VAN GEYSEGHEM C/ BELGIQUE* du 21 janvier 1999, en particulier le § 34.

⁵ CEDH, arrêt *POITRIMOL C/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *op. cit.* § 20. L'arrêt cite les termes employés par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence : « Attendu que si le prévenu cité pour une infraction passible d'une peine d'emprisonnement, comme en l'espèce, inférieure à deux années, peut par lettre adressée au Président, demander à être jugé contradictoirement en son absence, son conseil entendu, conformément aux alinéas 1^{er} et 2 de l'article 411 du Code de procédure pénale, il est toutefois de principe, et il ressort du système général du Code de procédure pénale, qu'il s'agit d'une faculté qui ne s'applique pas aux prévenus, qui comme M. POITRIMOL, font l'objet d'un mandat d'arrêt et sont en fuite et qui ne sont pas, dès lors, en droit de se faire représenter et faire plaider pour eux (...) ».

⁶ Pour un autre exemple, voir : Crim., 17 novembre 1987, *Bull. crim.* n° 412.

⁷ Voir, notamment : Crim., 29 octobre 1970, *Bull. crim.* n° 284.

⁸ En particulier, par une interprétation extensive de l'ancien article 583 du Code de procédure pénale qui déclarait déchu de leur pourvoi les condamnés à une peine privative de liberté de plus d'un an qui ne se sont pas « mis en état », c'est-à-dire constitués prisonniers au plus tard au moment où l'affaire est appelée devant la Cour de cassation.

qui se dérobe à l'exécution d'un mandat d'arrêt, sans justification valable, n'est pas en droit de se faire représenter en justice. La Cour européenne semblait alors vouloir éviter qu'une personne mise en cause puisse être condamnée en son absence, sans moyen de défense et sans aucun recours¹ et ², au seul motif qu'elle s'était soustraite à l'exécution d'un mandat de justice. Avec l'arrêt *Van Pelt*, la Cour paraît aller beaucoup plus loin puisqu'elle affirme qu'en toutes hypothèses, même en présence d'une excuse considérée comme injustifiée par les juges nationaux, le requérant doit pouvoir être défendu en son absence par un avocat. Cette position implique donc, en pratique, un véritable « droit à ne pas assister à son procès »³, sauf à créer de nouvelles sanctions afin de s'assurer de la présence du prévenu⁴.

Une telle solution semble être une interprétation scrupuleuse de l'article 6 § 3, c), de la Convention qui offre au défendeur une alternative⁵, soit comparaître lui-même à l'audience, soit y renoncer et se faire représenter par un avocat de son choix. L'arrêt *Van Pelt* paraît également être la conséquence logique des droits reconnus à la personne mise en cause par la Convention. En particulier, la possibilité laissée au prévenu de ne pas assister aux débats va dans le sens de son droit à garder le silence. En effet, comme le note le juge BONELLO dans son opinion concordante jointe à l'arrêt *Van Geysegheem c/ Belgique*, « si au nom des avantages reconnus qu'en retire l'administration de la justice, il fallait considérer la présence de l'accusé à son procès comme une condition préalable à toute défense, on pourrait faire valoir les mêmes arguments pour l'obliger à renoncer à son droit au silence, c'est-à-dire invoquer aussi l'intérêt d'une bonne administration de la justice »⁶.

Toutefois, l'arrêt *Van Pelt* paraît largement critiquable dans la mesure où il vient remettre en cause le principe de la comparution personnelle des parties, pourtant destiné à assurer l'effectivité du dialogue contradictoire sur les preuves et à permettre aux juges de former, en connaissance de cause, leur intime conviction. Ainsi, l'objectif premier du procès pénal – à savoir, la manifestation de la vérité – se retrouve dans une situation particulièrement choquante de dépendance par rapport au bon vouloir du défendeur. Même si quelques atténuations peuvent être apportées à cette règle, notamment celle prévue par l'article 411, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale pour les infractions de faible gravité⁷, passibles d'une peine inférieure à deux ans d'emprisonnement, l'obligation de comparaître demeure un principe fondamental⁸. Or, l'article 6 § 3, c), de la Convention, comme le soulignait le gouvernement français dans l'arrêt *Poitrimol*⁹, ne confère pas à la personne mise en cause un droit général de « représentation », mais simplement un droit à l'« assistance » d'un avocat. Ceci implique donc que le prévenu, ou l'accusé, soit présent à l'audience puisqu'« on n'assiste pas une personne absente »¹⁰. Par conséquent, comme l'indiquait le juge PETTITI dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Poitrimol*, l'interprétation dégagée par la Cour européenne semble remettre en cause l'exigence primordiale de comparution personnelle et mener à une rupture de l'égalité des armes puisque la victime se voit alors privée du pouvoir de contredire, de « démasquer son adversaire »¹¹ et du droit à être confrontée¹² à lui.

De plus, l'arrêt *Van Pelt* apparaît difficilement compatible avec la jurisprudence *Kremzov c/ Autriche* dans laquelle la Cour a affirmé, toujours sur le fondement de l'article 6 § 3, c), de la Convention, que tout accusé devant être mis en mesure de se défendre lui-même, l'Etat avait l'obligation positive d'assurer sa comparution personnelle au procès, même en l'absence de demande de sa part, lorsque l'enjeu du procès apparaît particulièrement important¹³ – ce qui semble bien être le cas en l'espèce, eu égard aux peines encourues par le prévenu –. Surtout, cet arrêt menace

¹ La voie de l'opposition est, en effet, fermée puisque l'article 140, alinéa 2, du Code de procédure pénale déclare contradictoire la décision rendue à l'encontre d'une personne mise en cause qui ne comparaît pas et n'est pas excusée. Voir, sur ce point : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, 2000, pp. 780-783.

² CEDH, arrêt *POITRIMOL c/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *op. cit.* : « La suppression [du droit à être défendu] se révèle disproportionnée dans les circonstances de la cause : elle privait M. POITRIMOL, non recevable à former opposition contre l'arrêt de la cour d'appel, de sa seule chance de faire plaider en seconde instance sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit » (§ 35).

³ CEDH, arrêt *VAN GEYSEGHEM c/ BELGIQUE* du 21 janvier 1999, *op. cit.*, opinion concordante de M. le juge BONELLO, p. 16.

⁴ Sur ce point, il est possible de s'interroger sur la conventionnalité de la sanction procédurale consistant à priver le prévenu absent aux débats, sans justification valable, de la possibilité de former opposition (voir, note n° 12). En effet, la condamnation de l'Italie par la Cour européenne dans son arrêt *COLOZZA* du 12 février 1985 (série A n° 89) pourrait être transposée au système français, puisqu'il s'agissait d'un constat de violation de l'article 6 de la Convention fondé sur l'impossibilité pour le prévenu d'obtenir la réfaction de la décision rendue en son absence.

⁵ L'article 6 § 3, c), de la Convention énonce : « Tout accusé a droit notamment à se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix (...) »

⁶ CEDH, arrêt *VAN GEYSEGHEM c/ BELGIQUE* du 21 janvier 1999, *op. cit.*, opinion concordante de M. le juge BONELLO, p. 17.

⁷ L'article 411, alinéa 3, du Code de procédure pénale autorise alors la représentation du prévenu absent.

⁸ Comme le prévoit d'ailleurs l'article 411, alinéa 4, du Code de procédure pénale qui réserve au Tribunal, même pour les infractions de faible gravité, la possibilité d'exiger la présence du prévenu. Toutefois, un jugement récent a admis la représentation d'un prévenu absent – faisant l'objet d'un mandat d'arrêt – dont la présence a été exigée par le Tribunal : Trib. Corr. Draguignan, 19 avril 2000, *Dr. Pén.* 2000, comm. 143, obs. MARON.

⁹ CEDH, arrêt *POITRIMOL c/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *op. cit.*, § 33.

¹⁰ V. DELAPORTE, *op. cit.*, p. 58 : « Le droit à l'assistance d'un défenseur ne peut donc être reconnu qu'à la personne présente ou régulièrement représentée ». Voir, sur ce point : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, p. 176.

¹¹ CEDH, arrêt *POITRIMOL c/ FRANCE* du 23 novembre 1993, *op. cit.*, opinion dissidente de M. le juge PETTITI, p. 19.

¹² Ainsi, l'obligation de comparution personnelle peut être entendue comme le pendant du droit à la confrontation reconnu à la personne mise en cause par l'article 6 § 3, d), de la Convention.

¹³ CEDH, arrêt *KREMZOVA c/ AUTRICHE* du 21 septembre 1993, série A n° 268-B.

d'entraîner à un véritable bouleversement de la procédure pénale française, d'une part, quant à la phase d'instruction qui devrait pouvoir se dérouler en l'absence de la personne mise en examen, simplement représentée par un avocat et, d'autre part, quant à la phase de jugement puisque le juge verrait largement compromise sa tâche de personnalisation de la sanction, impliquant « qu'il ait au moins vu et interrogé la personne mise en cause »¹.

3. Enfin, s'agissant de l'irrecevabilité du pourvoi en cassation du requérant, la Cour reprend sa jurisprudence antérieure². Elle considère qu'une telle irrecevabilité, fondée uniquement sur le fait que le demandeur ne s'est pas constitué prisonnier en exécution de la décision de justice faisant l'objet du pourvoi, contraint l'intéressé à s'infliger d'ores et déjà la privation de liberté résultant de la décision attaquée. Or, cette décision ne peut être considérée comme définitive tant qu'il n'a pas été statué sur le pourvoi ou que le délai de recours ne s'est pas écoulé. Dès lors, il est porté atteinte à la substance même du droit de recours puisqu'est imposée au requérant « une charge disproportionnée, rompant le juste équilibre qui doit exister entre, d'une part, le souci légitime d'assurer l'exécution des décisions de justice et, d'autre part, le droit d'accès au juge de cassation et l'exercice des droits de la défense » (§ 73). Ainsi, la Cour conclut à la violation de l'article 6 § 1, de la Convention.

En procédure pénale, le principe général veut que le pourvoi en cassation et le délai du recours soient suspensifs d'exécution jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Chambre criminelle. Toutefois, une exception prévoit que le mandat d'arrêt décerné à l'encontre du condamné, comme c'est le cas en l'espèce, doit produire ses effets³. L'arrêt *Van Pelt* va donc à l'encontre de cette dernière règle en considérant que la peine privative de liberté résultant d'une décision non encore définitive ne doit pas être exécutée. Cette jurisprudence complète ainsi la solution dégagée dans l'arrêt *Khalfaoui c/ France* qui concernait l'hypothèse du condamné n'ayant pas fait l'objet d'un mandat d'arrêt et, pourtant, obligé de se constituer prisonnier au plus tard le jour de l'examen de son pourvoi en cassation⁴.

Néanmoins, l'une des justifications avancée par ces deux arrêts peut être critiquée, comme l'indique le juge LOUCAIDES dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Khalfaoui*. En effet, la Cour se fonde en partie sur le fait qu'en cas de cassation de l'arrêt attaqué, l'obligation du requérant de se constituer prisonnier apparaît particulièrement injuste et contraire à la présomption d'innocence⁵. Or, dans cette hypothèse, le placement en détention provisoire de la personne mise en cause avant son jugement apparaît également injuste et devrait mener à une remise en cause de cette procédure pourtant admise par la jurisprudence de la Convention afin d'éviter tout risque de fuite⁶.

Quant à la sanction procédurale consistant à déclarer irrecevable le pourvoi en cassation du condamné récalcitrant, la Cour dénonce l'idée selon laquelle « la justice ne devrait pas dire le droit à l'égard de celui qui se dérobe à ses commandements »⁷. Cette position, qui est dans l'exact prolongement de sa jurisprudence antérieure, consacre donc un véritable droit au juge de cassation.

Face à la multiplication des condamnations, dont l'arrêt *Van Pelt* est l'une des illustrations, quelle a été l'attitude de la France ?

Dans un premier temps, la Chambre criminelle a refusé de se plier à la jurisprudence de la Cour européenne⁸, ce qui a mené aux arrêts *Omar* et *Guérin*⁹. Ce n'est qu'en 1999, par une décision *Rebboah* citée par le gouvernement dans notre arrêt¹⁰ (§ 72), que la Cour de cassation a décidé d'abandonner sa jurisprudence en matière d'irrecevabilité du pourvoi fondée sur le défaut d'exécution d'un mandat d'arrêt.

Néanmoins, l'hypothèse prévue par l'ancien article 583 du Code de procédure pénale, concernant l'obligation de mise en état, demeurerait applicable. Seule la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 était venue en réduire la portée au moyen de quelques aménagements procéduraux¹¹. Mais ceci ne suffit pas et la Cour européenne condamne la France sur le

¹ Voir : Michèle-Laure RASSAT, *Propositions de réforme du Code de procédure pénale*, Dalloz, collection Dalloz Service, 1997, pp. 244-245.

² En particulier : CEDH, arrêts *OMAR et GUERIN c/ France* du 29 juillet 1998, *JDI* 1999, pp. 251-252, obs H. ASCENSIO ; arrêt *KHALFAOUI c/ FRANCE* du 14 décembre 1999, *JDI* 2000, pp. 143-144, obs O. BACHELET.

³ Article 569, alinéa 1^{er}, du Code de procédure pénale. Voir : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, pp. 818-819.

⁴ Ancien article 583 du Code de procédure pénale.

⁵ § 73 ; arrêt *KHALFAOUI c/ FRANCE* du 14 décembre 1999, *op. cit.*, § 49.

⁶ Article 5 § 1, c), de la Convention.

⁷ V. DELAPORTE, *op cit.*, p. 50.

⁸ Voir, notamment : Crim., 19 janvier 1994, *Dr. Pén.* 1994, comm. 97, concl. PERFETTI et chron. 94, rapport VERDUN.

⁹ CEDH, arrêts *OMAR et GUERIN c/ FRANCE* du 29 juillet 1998, *op. cit.*

¹⁰ Crim., 30 juin 1999, *RSC* 1999, n° 4, pp. 839-840, note D.-N. COMMARET. Opérant un revirement de jurisprudence majeur, cet arrêt énonce « qu'en l'absence de dispositions expresses de la loi dérogeant, en cas de délivrance d'un mandat de justice, à l'application des conditions de forme prévues par l'article 576 du Code de procédure pénale, le pourvoi est recevable ». Toutefois, ce revirement de jurisprudence, n'étant intervenu que postérieurement à notre espèce, la Cour européenne n'en prend ici pas compte.

¹¹ Voir, B. BOULOC, « Chronique législative », *RSC* 2000, n° 1, p. 228. Cette loi a porté de six mois à une année la durée de l'emprisonnement au-delà de laquelle le requérant en cassation doit se mettre en état. Elle a également introduit un article 583-1 dans le Code de procédure pénale qui écartait l'obligation de mise en état lorsque le condamné avait été jugé en son absence, après que la juridiction eût refusé de reconnaître valable l'excuse fournie par l'intéressé (article 410 du C.P.P.) ou écarté sa demande à être

principe même de l'article 583¹. Démontrant l'influence grandissante de la jurisprudence de Strasbourg, le Parquet général de la Cour de cassation décida alors de renoncer à inviter les condamnés restés libres à se constituer prisonniers la veille de l'examen de leur pourvoi. Finalement, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 mit définitivement fin à l'obligation de mise en état, en abrogeant les articles 583 et 583-1 du Code de procédure pénale.

Toutefois, l'« acharnement »² des autorités françaises à ne pas tirer promptement toutes les conséquences de la jurisprudence *Poitrinol* menace d'avoir de fâcheuses incidences. Notre arrêt en est un exemple³, ainsi que l'affaire *Papon*⁴.

En outre, il apparaît que plusieurs autres dispositions du Code de procédure pénale demeurent en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne. Ainsi, s'agissant du droit au juge de cassation, l'article 575 du Code semble s'opposer aux principes dégagés par la Cour de Strasbourg dans la mesure où il restreint considérablement le droit de la partie civile à former un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Chambre de l'instruction⁵. De même, l'article 636 du Code, qui prive le contumax de tout pourvoi en cassation, apparaît nettement contestable⁶. Enfin, dans le domaine du droit – discutable – à la « représentation », l'article 630 du Code, qui exclut la présence d'un avocat de la défense lors

représenté par un avocat en matière d'infractions de faible gravité (article 411 du C.P.P.). Par cette dernière disposition, le législateur semblait prendre en compte les enseignements tirés de la jurisprudence *POITRINOL*. Il est à noter, toutefois, que le pourvoi ne pouvait alors porter que sur la légalité de la décision de refus de la juridiction puisque l'appréciation de cette dernière demeure souveraine : Crim., 19 mars 1998, *Bull. crim.* n° 106 ; *Dr. Pén.* 1998, comm. 148 et 151, obs. MARON.

¹ CEDH, arrêt *KHALFAOUI C/ FRANCE* du 14 décembre 1999, *op. cit.*

² J.-P. MARGUENAUD, « La dérive de la procédure pénale française au regard des exigences européennes », *D.* 2000, chron. pp. 249-255.

³ Très récemment, toutefois, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tiré les conséquences de l'arrêt *VAN PELT* en écartant la règle selon laquelle le prévenu qui refuse de comparaître sans motif légitime se voit juger sans que son avocat ne soit entendu : Cass. Ass. Plénière, 2 mars 2001, *Vincenzo Denticò*, *D.* 2001, IR, p. 980.

⁴ En effet, comme dans l'affaire *KHALFAOUI*, l'ancien fonctionnaire de Vichy a vu son pourvoi en cassation écarté, faute de ne pas s'être soumis à la procédure de mise en état. Ayant introduit une requête devant la Cour européenne pour violation des règles relatives au procès équitable, il semble qu'une condamnation de la France soit inévitable. Or, une telle condamnation est susceptible de mener à l'ouverture d'un nouveau procès *PAPON* en raison de l'instauration du pourvoi dans l'intérêt des droits de l'Homme par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. Sur ce point, voir : J.-F. RENUCCI, « Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'Homme », *D.* 2000, chron. pp. 655-660.

⁵ Le principe général de l'article 575 du Code de procédure pénale ne permet à la partie civile de se pourvoir en cassation contre les arrêts de la Chambre de l'instruction que s'il y a pourvoi du ministère public. Voir, sur ce point : J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'Homme*, L.G.D.J., 1999, p. 156.

⁶ Sur ce point, la Cour a considéré que l'absence d'ouverture du pourvoi en cassation au contumax était contraire à l'article 2 du Protocole n° 7, qui consacre le droit à un double degré de juridiction en matière pénale (CEDH, arrêt *KROMBACH C/ FRANCE* du 13 février 2001, *D.* 2001, dernière actualité, p. 639).

d'une procédure de contumace, semble heurter de front les conclusions dégagées dans l'arrêt *Van Pelt*¹. Sur ce point, la Cour de Justice des Communautés Européennes a d'ailleurs récemment relevé, après avoir fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne, que l'article 630 du Code de procédure pénale français est incompatible avec le droit à être défendu, droit qui « occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et [qui] figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres »².

Michele DE SALVIA

C'est un arrêt qui se situe dans le prolongement de plusieurs affaires que vous avez citées, mais également d'affaires qui ne sont pas mentionnées dans cet arrêt, affaires qui ont été examinées il y a une quinzaine d'années concernant la procédure de contumace où le problème a été posé de façon tout à fait claire par rapport à la situation italienne d'avant 1989 où le système excluait la purgation de la contumace.

¹ S'agissant de la procédure criminelle et, en particulier, de l'article 630 du C.P.P., la Cour européenne des droits de l'Homme a effectivement estimé, dans un arrêt récent, que « *sanctionner la non-comparution du requérant par une interdiction aussi absolue de toute défense apparaît manifestement disproportionné* » et conclu sur la violation de l'article 6, § 1, combiné avec l'article 6, § 3, c) (CEDH, arrêt *KROMBACH c/ FRANCE* du 13 février 2001, *op. cit.*, § 90).

² CJCE, arrêt *KROMBACH c/ BAMBERSKI* du 28 mars 2000, *RCDIP* 2000, note H. MUIR WATT, p. 481 ; *Europe* 2000, n° 157, note L. IDOT ; *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, n° 3, pp. 447-452, note B. PEREIRA.

**La présomption d'innocence et la liberté de la presse :
l'affaire Du Roy et Malaurie (3 octobre 2000)**

par

Me Thierry **MASSIS**
Avocat au Barreau de Paris
Ancien membre du Conseil de l'Ordre

Au fil de ses arrêts, la Cour européenne modifie le paysage juridique français pour le mettre aux normes de la Convention européenne. Tous les domaines de droit sont concernés : pénal, civil, commercial, à tel point que les Entretiens de Saintes ont consacré leur septième colloque à la question : "Fait-on encore la loi chez soi ?, colloque qui s'interroge sur les incidences de la Convention européenne sur la loi nationale. Mais il était une forteresse qui semblait être protégée des assauts de la Cour européenne : les lois sur la liberté de la presse.

Héritées de la haute tradition de la Déclaration des droits de l'Homme qui postulait le principe de liberté, ces lois semblaient à l'abri de toute critique de l'article 10 de la Convention.

À cet égard, la Cour de cassation rejetait d'une manière quasi constante les pourvois formés sur une prétendue incompatibilité entre la loi sur la presse et la Convention européenne.

Mais, pour la troisième fois, la Cour de Strasbourg vient de condamner la France pour violation de l'article 10 de la Convention européenne de la sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales¹.

La censure de la Cour européenne a pour origine l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 qui interdit de publier toute information relative à des constitutions de partie civile n'est pas conforme à l'article 10.

L'affaire a pour origine un article rédigé par M. Guillaume MALAURIE, journaliste, dans l'hebdomadaire « *L'Evènement du Jeudi* » dont le directeur de publication de l'époque était M. Albert DU ROY.

Cet hebdomadaire a, dans son numéro du 11 au 17 février 1993, publié un article intitulé « *Sonacotra, quand la gauche fait le ménage à gauche* ».

Cet article mettait en cause un ancien dirigeant de la Sonacotra (Société nationale de construction de logements pour les travailleurs), M. Michel GAGNEUX et les relations entretenues par ce dernier avec la nouvelle direction de la Sonacotra.

Cet article indique que les dirigeants actuels de la Sonacotra « ont déposé une plainte pour abus de confiance et de biens sociaux contre leur prédécesseur Michel Gagneux. »

Le journaliste saluait le courage des anciens dirigeants dans les termes suivants :

« Echec à la raison d'Etat ! En provoquant une plainte pour abus de confiance et de biens sociaux contre leur prédécesseur Michel Gagneux, les dirigeants de la Sonacotra ont fait acte de courage".

M. Michel Gagneux s'estimait victime de l'infraction prévue à l'article 2 de la loi française du 20 juillet 1931, qui dispose : « Il est interdit de publier, avant décision judiciaire, toute information relative à des constitutions de partie civile faites en application de l'article 63 du Code d'Instruction criminelle (Code de Procédure Pénal, article 85), sous peine d'une amende de 120.000 F édictée par le dernier alinéa de l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881».

Les juridictions internes ont toutes réagi de la même manière en reconnaissant la culpabilité du journaliste et du directeur de la publication.

¹ Deux arrêts ont précédé la présente affaire : Cour Européenne 23 sept. 1998 Lehideux et Isorni c/ France, Cour Européenne 21 janv. 1999 ... c/ Canard Enchaîné France, Rev. Trim. Dr. H 1999, p. 673 et suiv. note Ch. Bigot.

Aux termes de son jugement en date du 9 juillet 1993, le Tribunal correctionnel de Paris relève que les dispositions de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1961 sont conformes à l'article 10, dans la mesure où elles s'inscrivent parfaitement dans le cadre des restrictions à la liberté d'expression autorisée par la Convention¹.

La Cour d'appel confirme le principe de la culpabilité et renforce l'analyse des premiers juges pour l'article 10².

Les requérants ont formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 19 mars 1996, estime que l'article 2 de la loi du 2 juillet 1961 est compatible avec les dispositions de l'article 10³.

Cette décision a été soumise à un recours porté devant la Commission européenne des droits de l'Homme (ancien régime).

La procédure suivie devant la Cour a abouti à la décision du 3 octobre 2000.

Comme toujours, dans ce type d'affaires, la Cour européenne a été confrontée à un conflit de valeurs.

Nous allons montrer, dans un premiers temps, les enjeux du débat posé par cette affaire (I) avant de donner les principes de solution dégagés par la Cour (II).

I • Les enjeux du débat

Comme toute affaire de presse, la Cour européenne était confrontée à la problématique classique : le conflit entre la liberté d'expression et le respect de la personne. La liberté d'expression est une sentinelle de la démocratie. Elle est consacrée par les grands textes :

- article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ;
- article 1^{er} de la loi de 1881 ;
- les normes internationales (article 10, article 19 du Pacte).

La liberté d'information n'est pas absolue. Elle comporte des limites : le respect des droits d'autrui.

Plusieurs textes concourent au respect des droits d'autrui :

- la loi du 2 juillet 1931. L'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 est un texte de circonstance.

L'objet de cette loi était de réformer le Code d'instruction criminelle en permettant au juge d'instruction saisi d'une plainte avec constitution de partie civile de ne pas inculper les personnes visées par cette plainte et de rendre un non-lieu sans inculpation.

L'article 2 de cette loi avait pour objet de lutter contre le chantage qui se faisait par la publicité lorsqu'une personne était l'objet d'une information judiciaire après dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile de M. Deligny⁴ ;

- le Code civil.

L'article 9.1. du Code Civil édicte que chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.

- les articles 11 et 91 du Code de procédure pénale qui édictent : "Le secret de l'instruction ... la faculté pour une personne mise en examen qui a fait l'objet d'une décision de non-lieu à demander des dommages intérêts au ... "

II • Le principe de solution dégagé par l'arrêt : la prééminence de la liberté d'expression

La requête du journaliste était essentiellement fondée sur l'économie du texte de l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931. Elle soutenait que le délit prévu par ce texte emportait une restriction à la liberté d'information, dès lors qu'il existe une information judiciaire ouverte en application de l'article 85 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire sur plainte avec constitution de partie civile.

¹ Jugt T.G.I. Paris 9 juillet 1993

² C.A. Paris 2 février 1994 (inédit).

³ Cass. crim. 19 mars 1996, Bull. crim. 1996....

⁴ Journal du Palais 1931 L.A. 241

Elle en déduisait l'interdiction objective d'information, cette infraction ayant pour effet d'écarter le public de façon définitive de renseignements relatifs à des procédures judiciaires en cours qui intéressent l'intérêt général. C'était d'ailleurs le cas en l'espèce, car le contentieux concernait un article de presse consacré à une affaire judiciaire d'intérêt public, à savoir le conflit entre l'ancienne et la nouvelle direction d'une société publique particulièrement dans le secteur social, la Sonacotra. Et c'est ce caractère général et absolu de l'interdiction qui va entraîner la conviction de la Cour.

La Cour rappelle avec force les principes fondamentaux qui se dégagent de la jurisprudence de l'article 10 : la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique. Elle vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur et considérées comme inoffensives, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent. Au vu de ce principe, la nécessité d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante.

La Cour relève :

1°) La sanction prononcée à l'encontre des requérants n'était pas nécessaire dans une société démocratique

Se fondant sur la liberté d'information qui doit être la plus large en ce qui concerne les questions judiciaires d'intérêt public. Dans un attendu qu'il convient de rappeler, la Cour relève l'incompatibilité existant entre l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 et l'article 10 de la Convention. Elle estime que cette interdiction objective d'informer n'est pas nécessaire dans une société démocratique, même si les juridictions internes l'ont estimé justifiée pour protéger la réputation d'autrui et garantir l'autorité judiciaire.

Cette sanction ne protège pas toutes les personnes d'une manière égale.

2°) Le caractère disproportionné d'atteinte à la liberté d'information

Sans l'évoquer précisément, la Cour européenne estime que l'atteinte portée à la liberté d'information par l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 n'est pas proportionnée au but légitime poursuivi par l'Etat.

En l'espèce, la proportionnalité fait manifestement défaut car ce texte français édicte un régime d'interdiction absolue.

En outre, la Cour relève que tout mécanisme protecteur des droits des personnes mises en cause rend non nécessaire l'interdiction absolue prévue par la loi de 1931.

3°) Les limites apportées par la Cour par la présomption d'innocence.

Il est sûr que l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 constituait une garantie de la présomption d'innocence et était un moyen efficace de lutter contre les informations abusives.

Certes, d'autres dispositions protègent la présomption d'innocence. À cet égard, il est important de relever que la Cour précise que les journalistes qui doivent rédiger des articles sur des procédures pénales en cours doivent ne pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice et respecter les droits de la personne mise en cause et présumée innocente. C'est parce qu'il existe d'autres mesures de protection que la Cour européenne a estimé que l'article 2 n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

Conclusion

Par cette décision, la loi du 29 juillet 1981 est-elle atteinte par l'article 10?

C'est un débat essentiel aujourd'hui.

Déjà quarante décisions de la Cour de cassation ont écarté l'application de la Convention. Mais cette décision témoigne d'une évolution non seulement au niveau de la Cour européenne, mais aussi en ce qui concerne les juridictions internes.

Par jugement en date du 25 avril 2001, la 17^{ème} chambre de la presse a estimé que le délit d'offense à Chef d'État prévu par l'article 36 de la loi du 29 juillet 1981 est incompatible avec les dispositions des articles 6 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

La conformité de la loi du 29 juillet 1981 par rapport à la Convention européenne est d'une brûlante actualité

Michele DE SALVIA

C'est un arrêt qui s'inscrit dans le droit fil de nombreux arrêts qui ne concernent pas que la France.. Le pays qui a été le plus condamné pour la violation de la liberté d'expression est le Royaume-Uni, suivi par l'Autriche, la France, la Norvège, etc. Mais c'est par rapport à cette jurisprudence que l'on voit qu'il n'y a pas eu de nivellement vers le bas. On l'applique avec la même rigueur aux pays de l'Ouest comme aux pays de l'Est. La liberté d'expression dans la philosophie même de la Cour est l'assise de la démocratie. C'est la garantie que la démocratie peut continuer à vivre. L'arrêt qui a donné lieu à le plus de critiques, très virulentes, c'est l'arrêt *Jersild* où l'on retrouvait l'apologie de l'intolérance et de la haine raciales impute à un journaliste de télévision danois qui a permis à des skinheads de se montrer sous leur jour véritable, dans le cadre d'une émission de télévision consacrée aux problèmes de société. Ces skinheads ont traité les étrangers, entre autres, d'êtres inférieurs, de singes, etc. Le journaliste a été condamné. Le Danemark a été condamné. La liberté d'informer doit être quasiment absolue et les limites sont pratiquement minimales. Si on prend l'échelle de la marge d'appréciation, on peut dire qu'en matière de liberté d'expression elle est très large lorsqu'il s'agit de sauvegarder la morale et certains principes moraux, la susceptibilité ou les croyances religieuses ; par contre, lorsqu'il s'agit d'interférer dans le travail des journalistes lorsqu'ils informent, et lorsqu'ils critiquent les personnalités politiques, la marge est extrêmement réduite. C'est un enseignement de la Cour qui nous dit : faites attention, ne touchez pas à la presse, car en touchant à la presse, vous touchez à la démocratie.

L'arrêt qui va être commenté par M. Haïm est un arrêt exemplaire dans lequel la Cour dit : la jurisprudence a été jusqu'ici celle-là, maintenant pour les raisons qui suivent, nous estimons qu'il faut changer d'optique. Là aussi il y a une passerelle avec le droit communautaire, parce qu'en fait, la Cour de Strasbourg reprend intégralement des principes qui ont été élaborés dans le cadre communautaire et consacrés par la jurisprudence de la Cour de Justice.

**L'application de l'article 6 aux fonctionnaires et agents publics :
la jurisprudence Pellegrin (suite),
les affaires Frydlender (27 juin 2000),
S.M. (18 juillet 2000),
Lambourdière et Satonnet (2 août 2000)**

par

Victor HAÏM
Commissaire du gouvernement
à la Cour administrative d'appel de Paris
Professeur associé à l'Université de Paris XI

Nous n'allons pas aborder maintenant les rapports entre la Cour européenne des droits de l'Homme et le droit administratif : les litiges relevant des juridictions financières (Cour de discipline budgétaire et financière), la plupart des litiges relatifs aux étrangers et la police administrative telle que mise en œuvre dans le contrôle de l'abattage rituel de la viande, relèvent du droit administratif.

Mais il est vrai que le contentieux des agents publics est à la fois symbolique et quantitativement important. En outre, il a été le siège d'une importante évolution initiée par un arrêt *Pellegrin c/ France* (n° 28541/95) du 8 décembre 1999¹.

Je voudrais, dans le court laps de temps qui m'est imparti, essayer d'exposer la logique de cet arrêt (I), avant d'en voir la portée (II).

I • La logique de l'arrêt Pellegrin c/ France

Avant l'arrêt *Pellegrin c/ France* (n° 28541/95) du 8 décembre 1999, la Cour européenne des droits de l'Homme opérait une double distinction :

- d'abord entre fonctionnaires recrutés par voie de décision unilatérale et agents non titulaires - assimilés dans nombre d'Etats membres du Conseil de l'Europe à des salariés de droit privé ;
- ensuite, à l'intérieur de la première catégorie, entre les litiges relatifs au recrutement, à la carrière et à la cessation d'activité qui « sort(ai)ent, en règle générale, du champ d'application de l'article 6 § 1 »² et les autres litiges qui entraient dans le champ d'application de cet article.

Estimant qu'il importait d'assurer un traitement égal des agents publics dans les Etats parties à la Convention, indépendamment du système d'emploi pratiqué sur le plan national, et quelle que soit en particulier la nature du rapport juridique entre l'agent et l'administration, la Cour a voulu, avec l'arrêt *Pellegrin c/ France*, dégager une interprétation de la notion de « fonction publique » qui ne soit pas liée au mode de recrutement - contrat ou recrutement unilatéral -, mais à la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent (*Pellegrin c/ France*, § 64).

Pour ce faire, elle s'est appuyée sur la jurisprudence que la Cour de Justice des Communautés européennes a élaborée pour définir le sens et la portée de l'art. 48 § 4 du Traité C.E.E. qui prévoit une dérogation au principe de la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté pour les « emplois dans l'administration publique ».

¹ F. SUDRE, "Droit de la CE.D.H.", *J.C.P.* 2000 Ed. G. I n. 203 ; J.-F. FLAUS, "CE.D.H. et droit administratif", *A.J.D.A.* 2000, p. 530-532 ; G. GONZALES, in F. SUDRE (dir.), "La France et la CE.D.H.", *R.D.P.* 3/2000, pp. 711-716 ; X. PRETOT, "Le contentieux de la fonction publique et la CE.D.H.", *R.D.P.* 3/2000, pp. 617-628 ; F. MELLERAY, "L'application d'un critère fonctionnel d'applicabilité de l'art. 6 § 1 de la CE.D.H. au contentieux des agents publics", *Les Petites Affiches* no 98 du 17 mai 2000, pp. 7-20 ; T. GRAFFIN, "Nouveau critère d'application de l'art. 6 § 1 de la C.E. D.H. aux litiges entre l'Etat et ses agents", *J.C.P.* 2000 Ed. G n° 10.426.

² Voir, par exemple, l'arrêt *MASSA c/ ITALIE* du 24 août 1993, § 26 cité par la Cour, §. 59.

Dans son arrêt de principe du 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique* ¹ la Cour de Justice des Communautés européennes a décidé que la dérogation ne concernait que les « emplois comportant une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » et supposent ainsi de la part de leurs titulaires – pour reprendre les termes mêmes de l'analyse que la Cour européenne des droits de l'Homme donne de cette jurisprudence². « l'existence d'un rapport particulier de solidarité avec l'Etat ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité. »

Dans une communication publiée au J.O.C.E. n° C 72 du 18 mars 1988, que la Cour européenne des droits de l'Homme vise et reproduit largement, la Commission européenne a fait la synthèse de cette jurisprudence en distinguant :

- d'une part, "les activités qui relèvent d« une participation directe ou indirecte à l'exercice de la fonction publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ».

Il s'agit des « fonctions spécifiques de l'Etat et des collectivités assimilables telles que les forces armées, la police et les autres forces de l'ordre, la magistrature, l'administration fiscale et la diplomatie » ainsi que des « emplois relevant des ministères de l'Etat, des gouvernements régionaux, des collectivités territoriales et autres organismes assimilés, des banques centrales dans la mesure où il s'agit du personnel (fonctionnaires et autres agents) qui exerce les activités ordonnées autour d'un pouvoir juridique public de l'Etat ou d'une autre personne morale de droit public telles que l'élaboration des actes juridiques, la mise en exécution de ces actes, le contrôle de leur application et la tutelle des organismes indépendants ».

Les emplois relevant de cette première catégorie sont couverts par la dérogation au principe du libre accès aux emplois.

- d'autre part, les emplois sans rapport avec l'exercice de la puissance publique et la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des activités suffisamment éloignées des précédentes pour ne pouvoir que très exceptionnellement relever de l'exemption prévue à l'article 48 § 4 du traité CEE.

Il s'agit essentiellement des emplois dans :

- les organismes chargés de gérer un service commercial tels que les transports publics terrestres, maritimes ou aériens, la distribution d'électricité ou de gaz, les postes et télécommunications ou les médias (radio télédiffusion) ;
- les services opérationnels de santé publique ;
- l'enseignement ou la recherche à des fins civiles dans les établissements publics³.

Cette jurisprudence avait été dégagée par la Cour de Justice des Communautés européennes pour apprécier si et dans quelle mesure la nationalité pouvait être un critère pertinent de recrutement. Par sa jurisprudence *Pellegrin c/ France* (§§ 64-67), la Cour européenne des droits de l'Homme l'a sortie de son contexte pour en faire un critère du droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 § 1 de la CEDH. Ceci l'a amenée à distinguer trois cas de figure :

- Si le requérant occupe un emploi « comportant une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique et s'il détient ainsi une parcelle de la souveraineté de l'Etat qui a donc un intérêt légitime à exiger de ces agents un lien spécial de confiance et de loyauté » (*Pellegrin c/ France*, § 65), il n'a pas droit au procès équitable garanti par l'art. 6 § 1 de la Convention pour le jugement d'un litige l'opposant à son administration.
- La même règle s'applique lorsque le requérant n'est pas un agent de l'Etat, mais un agent public local qui compte tenu de la nature de ses fonctions et de ses responsabilités, participe directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de la collectivité publique qui l'emploie.
- Dans le cas contraire, s'il n'entre dans aucun des cas de figure envisagés à l'instant, il a droit à un procès équitable.

Enfin, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le contentieux des prestations sociales et des pensions doit faire l'objet du procès équitable garanti par l'art. 6 § 1 quels que soient les fonctions ou l'emploi de l'agent public⁴.

¹ C.J.C.E., 17 décembre 1980, *COMMISSION C/ BELGIQUE*, Aff. n° 149/79, Rec. p. 3881, concl. MAYRAS confirmé par C.J.C.E., 3 juin 1986, *COMMISSION C/ FRANCE*, Aff. 149/84, Rec. p. 1725, concl. MANCINI ; 16 juin 1987, *COMMISSION C/ ITALIE*, Aff. 225/85, p. 2625, concl. LENZ ; 2 juillet 1996, *COMMISSION C/ LUXEMBOURG*, Aff. C-473/93, Rec. p. 1-3207 ; *COMMISSION C/ BELGIQUE*, Aff. C-173/94, Rec. P. p. T-3265 et *COMMISSION C GRECE*, Aff. C-290/94, Rec. P. 13285, concl. LEGER.

² Par exemple, *PELLEGRIN C/ FRANCE*, §. 38.

³ La Commission note que « pour chacune de ces activités on constate soit qu'elle existe également dans le secteur privé, auquel cas l'article 48 paragraphe 4 ne s'applique pas, soit qu'elle peut être exercée dans le secteur public en dehors des conditions de nationalité ».

⁴ *PELLEGRIN C/ FRANCE*, § 67 : « Les litiges en matière de pensions, quant à eux, relèvent tous du domaine de l'article 6 § 1, parce que, une fois admis à la retraite, l'agent a rompu le lien particulier qui l'unit à l'administration ; il se trouve dès lors, et à plus forte raison

Ainsi, dans un arrêt du 2 août 2000, *Deschamps c/ France* (req. n° 37925/97) la Cour ne fait pas même allusion à sa jurisprudence *Pellegrin c/ France* pour admettre l'applicabilité de l'art. 6 § 1 de la Convention à un litige relatif aux prestations familiales et au supplément familial de traitement des fonctionnaires. Et dans un arrêt du 21 novembre 2000, *Piscopo c/ Italie* (req. n° 44357/98), elle décide que l'art. 6 § 1 est applicable au recours que l'intéressé avait introduit afin d'obtenir une pension en raison d'une infirmité contractée pendant le service militaire.

II • La portée de l'arrêt *Pellegrin c/ France*

La jurisprudence *Pellegrin c/ France* de la Cour a été constamment reprise dans tous les arrêts rendus au cours de l'année écoulée.

Ainsi c'est par référence expresse à cet arrêt qu'il a été jugé que l'art. 6 § 1 est applicable lorsque le requérant avait été recruté par contrat pour occuper un emploi de concierge dans une école publique (CEDH 30 mars 2000, *Procaccini c/ Italie*, req. n° 31631/96), de chef de section autonome au sein du Service de l'expansion économique du M.E.F. (CEDH 27 juin 2000, *Frydlender c/ France*, req. n° 30979/96), de directeur d'un Centre médico-psychopédagogique communal (CEDH, 2 août 2000, *Satonnet c/ France*, req. n° 30412/96) et de médecin spécialisé en gynécologie employée par une unité sanitaire locale (CEDH 21 novembre 2000, *Cecchini c/ Italie*, req. n° 44332/98).

De même, s'agissant de fonctionnaires et non plus d'agents contractuels, il a été jugé que l'art. 6 § 1 était applicable à un agent de bureau de la fonction publique territoriale (CEDH, 18 juillet 2000, *S.M. c/ France*, req. n° 41453/98), à un adjoint administratif de l'Assistance publique (CEDH, 2 août 2000, *Lambourdière c/ France*, req. n° 37387/97) et à un « assesseur principal » en poste à l'Institut national de criminologie et chargé essentiellement de missions de recherche, d'information et d'expertise (CEDH, 26 octobre 2000, *Castanhiera Barros c/ Portugal*, req. n° 36945/97).

Par contre, c'est sans surprise - au regard du critère dégagé par *Pellegrin c/ France* - que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que l'art. 6 § 1 n'était pas applicable au jugement du recours introduit par un sous-officier pour faire reconnaître son droit à percevoir une indemnité de service nocturne pour l'activité qu'il avait accomplie en tant que sous-officier des inspections ou en tant qu'officier de garde (CEDH, 5 décembre 2000, *Mosticchio c/ Italie*, req. n° 41808/98)

On notera que, dans une affaire assez comparable, le Conseil d'Etat avait considéré, au contraire, que l'art. 6 § 1 était applicable (Conseil d'Etat, ass., 5 décembre 1997, *Mme Lambert*, Rec. p. 460, A.J.D.A. 1998, p. 149 concl. BERGEAL)

Cette jurisprudence *Pellegrin c/ France*, qui a été saluée comme « globalement positive »¹, m'apparaît pourtant comme difficile à mettre en œuvre (A) et, surtout, comme contestable dans son fondement même (B).

A • Une jurisprudence difficilement opérationnelle

Le critère de la participation à l'exercice d'une mission d'intérêt général ou de la puissance publique n'est pas sans rappeler celui de la participation à une mission de service public administratif que les juridictions françaises avaient dégagé pour déterminer la juridiction compétente pour connaître des actions contentieuses des agents publics contractuels².

On sait que cette jurisprudence aboutissait à des situations qui auraient été cocasses si elles n'avaient pas concerné des personnes dont les besoins et le niveau socio-économique ne sont pas de ceux qui prédisposent à apprécier des subtilités qui font la joie des apprentis juristes et des praticiens. Il suffira de rappeler ces morceaux d'anthologie que sont *Dme Vve Mazerand*³ ou *Comm. de Grand-Bourg de Marie-Galante c/ Mme Lancelot*⁴.

On sait aussi qu'il y a été mis fin par l'arrêt du tribunal des conflits du 25 mars 1996, *Berkani*⁵.

Parce qu'elle repose sur la même logique, loin de simplifier et d'apporter la lumière, la jurisprudence *Pellegrin c France*, doit déboucher sur les mêmes incertitudes et les mêmes discussions.

Au demeurant, l'arrêt lui-même en est une bonne illustration !

ses ayants droit se trouvent, dans une situation qui est tout à fait comparable à celle d'un salarié de droit privé : le lien spécial de confiance et de loyauté avec l'Etat a cessé d'exister, et l'agent ne peut plus détenir de parcelle de la souveraineté de l'Etat »

¹ P. WACHSMANN, préc., p. 847

² Cons. d'Etat, 26 janvier 1923, *DE ROBERT LAFREGEYRE*, Rec. p. 67, R.D.P. 1923, p. 237, concl. RIVET, G.A.J.A. 12^e édit., n° 42 ; - Sect., 8 mars 1957, *JALENQUES DE LABEAU*, Rec. p. 158, D. 1957, p. 378, concl. MOSSET, note A. DE LAUBADERE, A.J. 1957 II, p. 184, chron. FOURNIER et BRAIBANT.

³ Tribunal des conflits, 25 novembre 1963, *DME VVE MAZERAND*, Rec. C.E. 792, J.C.P. 1964, n° 13.466 note R-L.

⁴ Cons. d'Etat, sect. 27 février 1987, *MME LANCELOT C/ COMM. DE GRAND-BOURG MARIE-GALANTE*, R.F.D.A., 1987, p. 213, concl. B. STIRN, p. 777, note J.-Cl. DOUENCE, A.J.D.A. 1987, p. 418, obs. X. PRETOT.

⁵ Tribunal des conflits, 25 mars 1996, *BERKANI*, Rec. C.E. p. 535, concl. Ph. MARTIN, R.F.D.A., 1996, p. 819, concl., A.J.D.A. 1996, p. 355, chron. J.-H. STAHL et D. CHAUVAUX, C.J.E.G. 1997, p. 35, note J.-F. LACHAUME.

En effet, ainsi qu'il est expressément souligné (§§ 8 et suiv.), si M. Pellegrin a été recruté par le ministère français de la Coopération et du Développement, ce n'est pas pour travailler pour le compte de l'administration française, mais « en qualité de coopérant conseiller technique du ministre de l'Economie, de la Planification et du Commerce de la Guinée équatoriale ». Le contrat précise, d'ailleurs, que « le requérant est mis à la disposition du gouvernement de la République de la Guinée équatoriale » et vise la loi du 13 juillet 1972¹, laquelle précise que les personnels qu'elle concerne sont placés « sous l'autorité du gouvernement de l'Etat étranger ».

Il apparaît ainsi qu'à supposer même que M. Pellegrin occupait un emploi «comportant une mission d'intérêt général ou une participation à l'exercice de la puissance publique » des autorités de la République de la Guinée équatoriale, *il ne détenait aucune « parcelle de la souveraineté de l'Etat »* français avec lequel il était en litige.

Par contre, toujours sur la base du principe adopté par la Cour, un requérant qui a attendu 9 ans avant de voir rejeter son recours tendant à ce que lui soit reconnu le droit de percevoir une indemnité de service nocturne -contentieux patrimonial s'il en est ! – n'a pas droit à un procès équitable parce qu'il est sous-brigadier (CEDH, 5 décembre 2000, *Mosticchio c/ Italie*, req. n° 41808/98).

Si on cherche les raisons de ce caractère peu opérant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il y a d'abord et évidemment la difficultés qu'il y a à dire où passe la frontière entre ce qui relève de la participation à l'exercice de la puissance publique et ce qui n'en relève pas.

Il y a aussi le caractère artificiel de cette jurisprudence souligné par les juges qui ont émis une opinion dissidente : un critère dégagé pour déterminer les limites qui peuvent être apportées au droit des ressortissants des Etats membres de la Communauté à occuper un emploi public dans un Etat dont ils ne sont pas ressortissants ne peut raisonnablement servir de critère au droit à un procès équitable !

Mais il y a aussi et surtout le fait qu'en dernière analyse la jurisprudence se situe dans le droit fil d'une lecture de l'art. 6 § 1 qui témoigne, pour citer l'appréciation peu élogieuse d'un membre éminent de la Cour² d'une certaine propension à « se replier frileusement dans le cocon d'une interprétation étriquée et pusillanime » que rien ne justifie et que tout condamne.

B • Le sens et la portée de l'art. 6 § 1 de la Cour européenne des droits de l'Homme

Pour que l'art. 6 § 1 trouve à s'appliquer, il faut que soit cumulativement rempli un certain nombre de conditions :

- il doit y avoir « contestation » sur un « droit » que l'on peut prétendre, au moins de manière défendable, reconnu en droit interne ;
- il doit s'agir d'une contestation réelle et sérieuse ;
- cette contestation peut concerner aussi bien l'existence même d'un droit que son étendue ou ses modalités d'exercice ;
- enfin, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, il faut aussi - pour ne pas dire surtout - que le droit en question soit un droit «de caractère civil ».

La Cour semble s'attacher à une lecture littérale de cette dernière condition. Or 1° cette lecture ne se justifie pas et 2° même si elle se justifiait, elle ne pourrait pas donner un fondement juridiquement acceptable à la jurisprudence de la Cour.

1) Une lecture apparemment littérale que rien ne justifie

Périodiquement la Cour européenne des droits de l'Homme relève qu' « il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'art. 6 § 1 »³. Sur la base d'une telle profession de foi, il est clair qu'une lecture littérale de l'art. 6 § 1 ne peut se justifier.

En fait, elle ne peut se justifier pour trois raisons.

1° Il y a d'abord la raison que donnait le juge DE MAYER pour s'écarter de l'opinion majoritaire dans l'affaire *Pierre-Bloch c/ France* : « une distinction des droits civils et des droits politiques (est) en elle-même assez étrange du point de vue de l'étymologie »¹.

¹ La loi n° 72-659 du 13 juillet 1972 relative à la situation du personnel civil de coopération culturelle, scientifique et technique auprès d'Etats étrangers précise (art. 3) « Sous réserve des règles propres à l'exercice des fonctions judiciaires, les personnels visés par la présente loi servent, pendant l'accomplissement de leurs missions, *sous l'autorité du Gouvernement de l'Etat étranger ou de l'organisme auprès duquel ils sont placés*, dans des conditions arrêtées entre le Gouvernement français et les autorités étrangères intéressées...

² Opinion dissidente du juge DE MAYER sous C.E.D.H. 21 octobre 1997, *PIERRE-BLOCH C/ FRANCE*.

³ *PELLEGRIN C/ FRANCE*, §. 64 ; *FRYDLENDER C/ FRANCE*, § 40.

2° Qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'Homme ou des Protocoles additionnels, dans les deux cas il est toujours précisé que le texte a été fait « en français et en anglais » et que « les deux textes font également foi ». Or, la version anglaise de l'article retient la notion de « *civil rights* »² et n'a pas une portée aussi restreinte ou étroite que la version française. Ainsi dans la partie qu'ils consacrent aux *civil rights*, MM. Stanley DE SMITH et Rodney BRAZIER (*Constitutional and administrative law*, Penguin, 6^e édit., part V, pp. 421 et suiv.) traitent de ce que nous appellerions les droits civiques et les libertés publiques³.

Il semble donc que, si elle voulait être cohérente avec ses prétentions affichées la Cour devrait donner à l'art. 6 le sens et la portée que permettent et appellent l'étymologie et la version anglaise du texte.

3° Mais ce n'est pas tout ! On peut dire que la jurisprudence de la Cour qui oppose les droits civils aux droits civiques est trois fois contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme.

1) La Convention européenne s'ouvre par une révérence marquée à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et affirme solennellement qu'elle « tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés ». Or, l'art. 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclame solennellement que « Toute personne a droit à un *recours effectif* devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi. » et son art. 7 garantit l'*égalité devant la loi* et le *droit à une protection égale contre toute discrimination*.

Dès lors, en développant une jurisprudence qui repose sur l'idée que l'art. 6 § 1 permet une interprétation qui prive la majorité des justiciables du droit à un procès équitable – sans lequel il n'y a pas de « recours effectif » –, la Cour méconnaît la lettre et l'esprit d'une Convention qu'elle a pour mission d'appliquer !

2) La jurisprudence de la Cour est incompatible avec l'art. 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui stipule que « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés a droit à l'octroi d'un *recours effectif* devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

En effet, ce que l'art. 13 vise ce sont « les droits ... reconnus par la Convention » – *tous les droits et pas uniquement les seuls droits civils*. Et, dès lors qu'on aura admis qu'il n'y a pas de recours effectif sans procès équitable, on ne voit pas ce qui justifierait en droit une jurisprudence qui refuse le droit à un procès équitable alors qu'à l'origine du litige il y a la violation d'un droit commis par une administration, c'est-à-dire par une personne agissant dans l'exercice de ses fonctions officielles.

3) Enfin, elle est aussi contraire aux stipulations de l'art. 60 de la Convention, «Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'Homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie. »

Or, d'une part, il ne ressort d'aucune des analyses des droits étrangers rapportées dans le texte des décisions de la Cour que des pays membres du Conseil de l'Europe aient admis que, devant des juridictions de droit commun, qu'elles soient civiles, commerciales ou administratives, certains requérants avaient droit au procès équitable dont d'autres se trouvaient privés.

D'autre part et surtout, ni le juge administratif, ni le juge judiciaire français n'ont jamais considéré qu'il y avait deux types de procès - l'un entouré de garantie lui assurant un caractère équitable lorsque l'enjeu du litige est de l'ordre du civil ; l'autre dispensé de ces mêmes garanties lorsqu'il s'agit de droits civiques.

Il est vrai que pendant un temps le Conseil d'Etat a considéré, comme le fait la Cour européenne des droits de l'Homme depuis l'arrêt *Pellegrin*, que la proximité du pouvoir brûlait les ailes et que certains, de ce fait, se trouvaient naturellement privés du droit à un procès équitable – et même d'une parodie de procès. C'est la théorie de l'acte de gouvernement appliquées aux fonctionnaires et agents d'autorité. Mais elle a été abandonnée en 1875⁴ !

Aujourd'hui les règles applicables à la carrière des agents des collectivités publiques placés près des organes de décisions sont différentes (Conseil d'Etat ass., 13 mars 1953, *Tessier*, *Rec. C.E.* p. 133, *D.* 1953, p. 737 concl. J. DONNEDIEU DE VABRES, *G.A.J.A.* 12^e édit. n° 79) ; mais devant le juge, les règles applicables aux litiges qui les

¹ Il ajoutait, à juste titre, qu'elle est, en outre, extrêmement contestable dès lors que « en matière de droits de l'Homme et notamment lorsqu'il s'agit de décider de contestations sur des droits ou des obligations, rien ne permet de traiter ceux qui prétendent pouvoir se prévaloir d'un droit « politique », ... mieux ou moins bien que les autres citoyens ».

² Art. 6. *Right to a fair trial*.

« 1. *In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law ...* »

³ Sur tout ceci, voir notre étude, "Le contribuable peut-il prétendre à un procès équitable devant le juge administratif ?" (art. 6 §. 1 de la C.E.D.H.), *D.F.* 25/99.

⁴ Cons. d'Etat, 19 février 1875, *PRINCE NAPOLEON*, *Rec. C.E.* p. 155, concl. DAVID ; *G.A.J.A.* 12^e édit. n° 3.

opposent à leur administration sont exactement les mêmes que celles qui s'appliquent aux agents occupant le bas de la hiérarchie.

Ainsi la jurisprudence *Pellegrin* constitue non seulement une violation des principes énoncés aux art. 13 et 60 et dans le préambule¹ de la Convention, mais aussi - au regard de l'évolution de la jurisprudence des juridictions françaises en matière de droit au recours des fonctionnaires et agents publics - une véritable régression.

2) Une lecture littérale qui, en tout état de cause, ne pourrait pas donner un fondement en droit à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ajoutons que même s'il était acceptable de prendre le § 1^{er} de l'art. 6 au pied de la lettre, cela ne permettrait certainement pas de rendre la jurisprudence de la Cour sur le champ d'application de l'art. 6 § 1 acceptable.

1) D'une part, alors que dans son arrêt *Pellegrin c/ France* (§. 60) la Cour entend confirmer ce qu'elle a dit dans son arrêt *Pierre-Bloch c/ France* au sujet des litiges en matière électorale (§ 51), à savoir qu'« un contentieux n'acquiert pas une nature « civile » du seul fait qu'il soulève aussi une question d'ordre économique », on peut faire remarquer que, conformément à ses prétentions affichées de toujours retenir une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1 conformément à l'objet et au but de la Convention, elle aurait été mieux inspirer de juger qu'un *contentieux ne perd pas sa nature « civile » du seul fait qu'il ne soulève pas uniquement une question d'ordre économique*.

Ce n'est pas parce qu'un litige oppose un fonctionnaire d'autorité à son administration qu'il n'a pas un enjeu essentiellement, voire exclusivement patrimonial pour l'intéressé.

Alors qu'elle rappelle à l'occasion que l'issue de la procédure doit être directement déterminante pour le droit en question (CEDH, Gr.Ch., 27 juin 2000, *Frydlender c/ France*, n° 30979/96, § 27), comment la Cour peut-elle prétendre que sa jurisprudence est fidèle à la lettre ou, *a fortiori* à l'esprit de l'art. 6 de la Convention ?

C'est d'ailleurs l'objection principale formulée dans les opinions dissidentes.

2) D'autre part et surtout, aux termes de la version française de l'art. 6 § 1 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi qui décidera des contestations sur ses droits et ses obligations de caractère civil,... ».

On peut lire et relire cet article ; jamais on ne pourra y voir qu'il ne vise que les seuls litiges dans lesquels les droits et les obligations de caractère civil sont l'objet même des *conclusions* à l'exclusion de ceux dans lesquels le juge doit décider de ces droits et obligations au niveau des *moyens*.

Pour le dire autrement, quand la Cour juge qu'un requérant ne peut se prévaloir de l'art. 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme lorsque ses conclusions devant la juridiction nationale étaient relatives à des élections, à sa carrière dans la fonction publique ou à ses impôts parce que, s'il y a bien contestation sur ses droits civils que sont les revenus de sa famille ou son patrimoine, c'est uniquement au niveau des moyens et non au niveau des conclusions, elle lui dénie le droit à un procès équitable sur la base d'une interprétation restrictive du texte que rien ne justifie.

Ainsi à l'issue des quelques réflexions qui précèdent, il apparaît que le juge DE MAYER n'a pas noirci le tableau en brocardant l'« interprétation étriquée et pusillanime » de l'art. 6 retenu par la Cour. Le contentieux de la fonction publique en est un bon exemple. Mais la même observation aurait pu être faite si le contentieux examiné avait été celui de l'impôt ou des élections. Et aujourd'hui, au regard des leçons qu'on peut tirer non seulement de l'arrêt *Pellegrin*, mais aussi d'autres décisions jurisprudentielles récentes (si j'ai bien entendu les propos tenus par certains des intervenants qui m'ont précédé), on peut légitimement se demander si la Cour, dans le souci - sans doute légitime - de ne pas se laisser submerger par des recours toujours plus nombreux, ne se transforme pas en machine à fabriquer du « non droit à un procès équitable ».

¹ Dans la mesure où il y est affirmé que la C.E.D.H. « tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits » énoncés par la Déclaration universelle des droits de l'Homme et que la Cour n'a manifestement pas fait sienne un tel objectif !

Michele DE SALVIA

Je suis malheureusement obligé de m'éclipser et vous allez juger la Cour par contumace !

**Le remembrement rural et l'atteinte au droit de propriété :
l'affaire Piron (14 novembre 2000)**

par

Me Michel PUECHAVY
Avocat à la Cour de Paris

Puisque M. DE SALVIA est parti, je peux affirmer sans le flatter qu'il était un professeur remarquable à l'Institut international des droits de l'Homme, l'Institut René Cassin. Il était aussi remarquable à la Commission qui, comme le souligne le professeur COHEN-JONATHAN, a effectué un travail énorme, sérieux et qui mérite davantage d'attention parce que souvent la jurisprudence de la Cour ne nous offre pas les moyens pour argumenter un cas qui se présente à nous alors qu'en revanche, les petits livres bleus, les décisions et rapports de la Commission sont d'une utilité très importante pour les avocats. Les remerciements ne sont jamais suffisants pour des personnes comme M. DE SALVIA qui ont accompli un travail considérable et, au surplus, sa gentillesse, son affabilité et sa disponibilité sont unanimement reconnus.

Le professeur Dominique ALLIX a pu écrire, dans le commentaire sur l'affaire *Pélissier et Sassi* que : « la Cour de Strasbourg ne nous délivre pas de l'injustice, elle nous confronte à l'injustice »¹.

En effet, certaines affaires portées devant les juridictions internationales nous révèlent les dysfonctionnements de notre système judiciaire dont sont victimes les justiciables. Des durées non raisonnables de procédure atteignant plusieurs décennies, que l'on pensait être seul l'apanage d'autres Etats, furent ainsi notamment constatées dans l'affaire *Giro*², - trente et un ans -, dans l'affaire *Guillemin*,³ - quinze ans -, et dans l'affaire *Piron*, plus de vingt-six ans pour une opération de remembrement (mais trente-cinq si l'on fait abstraction de la date de ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme).

1• Le remembrement rural des propriétés agricoles

Le remembrement autoritaire qui aboutit à un transfert forcé par un échange impératif de parcelles rurales fut instauré par le régime de Vichy avec la loi du 9 mars 1941⁴ et la République s'en est accommodée en apportant toutefois des modifications par six lois successives⁵. C'est une opération complexe et fort coûteuse confiée à des autorités administratives et des organismes spécifiques divers et nombreux.

Le préfet, les services de la direction départementale de l'agriculture et de la forêt, le ministre de l'agriculture, le département, le conseil municipal et les organismes professionnels sont les acteurs et intervenants administratifs.

Mais les autorités administratives chargées du remembrement sont des commissions spécifiques.

La commission communale d'aménagement foncier, instituée par arrêté préfectoral, en est l'instance principale. Elle effectue les opérations conduisant à l'élaboration du plan de remembrement. Elle est présidée par un magistrat du tribunal d'instance dans le ressort duquel la commission a son siège. Lorsque le remembrement concerne plusieurs communes, il est créé dans les mêmes conditions une commission intercommunale.

En cas de contestation, ses décisions doivent être obligatoirement déférées dans le délai d'un mois à la commission départementale d'aménagement foncier, également créée par arrêté préfectoral. Bien qu'elle présente certains traits empruntés aux juridictions, elle ne constitue pas une instance juridictionnelle⁶.

¹ Dominique ALLIX, « Requalification des faits en matière pénale », l'affaire *PELISSIER et SASSI*, *Cahiers du CREDHO*, n° 6, p. 91.

² Req. n° 20757/92, rapport de la Commission européenne des droits de l'Homme du 31 août 1994, résolution DH (97) 126 du Comité des ministres en date du 28 janvier 1997 (détermination de la compétence juridictionnelle dans une affaire de désordres immobiliers)

³ Arrêt du 21 février 1997.

⁴ Le remembrement mis en place par la loi du 27 novembre 1918 ne concernait que les associations syndicales de propriétaires.

⁵ 2 août 1960, 11 juillet 1975, 31 décembre 1985, 11 décembre 1992, 8 janvier 1993 et 1^{er} février 1995.

⁶ C.E., 4 nov. 1959, Bodin, *Recueil* p. 574.

Elle est présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire et siège à la préfecture. Les décisions de la commission départementale peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le tribunal administratif.

L'auteur de la réclamation peut demander expressément à être entendu par la commission. Celle-ci est alors tenue de l'entendre faute de quoi la décision qui serait prise serait susceptible d'être annulée. En cas de pluralité de demandeurs, la commission peut demander à entendre l'un des réclamants sans avoir à procéder à l'audition des autres.

La commission départementale ne peut soulever d'office un moyen qui n'aurait pas été présenté par le réclamant. Elle est tenue d'examiner tous les moyens qui lui sont soumis, même ceux qui n'auraient pas été soulevés devant la commission communale ou intercommunale.

La commission départementale peut décider, à titre discrétionnaire, de se rendre sur les lieux du remembrement. Ce transport n'a aucun caractère contradictoire.

Les décisions de la commission départementale doivent être suffisamment motivées. Lorsqu'une décision est annulée par le juge administratif, la commission est automatiquement saisie de nouveau. La nouvelle décision doit intervenir dans le délai d'un an à compter de la date à laquelle cette annulation est devenue définitive.

La Commission nationale d'aménagement foncier a été créée par la loi du 4 juillet 1980. Elle est présidée par un membre du Conseil d'Etat et comprend notamment deux magistrats de l'ordre administratif et deux magistrats de l'ordre judiciaire. Elle siège au ministère de l'agriculture. Elle ne peut intervenir que lorsque la commission départementale d'aménagement foncier, saisie à nouveau à la suite d'une annulation de sa décision par le juge administratif, n'a pas pris de décision nouvelle dans le délai d'un an ou lorsque deux décisions d'une commission départementale relatives aux mêmes apports ont été annulées pour le même motif par le juge administratif.

Aux termes de la loi du 23 janvier 1990 (article 121-11 du Code rural) : « Lorsque la Commission nationale d'aménagement foncier est saisie (...) d'un litige en matière de remembrement rural et qu'elle constate que la modification du parcellaire qui serait nécessaire pour assurer intégralement par des attributions en nature le rétablissement dans ses droits du propriétaire intéressé aurait des conséquences excessives sur la situation d'autres exploitations et compromettrait la finalité du remembrement, elle peut, à titre exceptionnel et par décision motivée, prévoir que le rétablissement sera assuré par le versement d'une indemnité à la charge de l'Etat dont elle détermine le montant. Les contestations relatives aux indemnités sont jugées comme en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. »

Seuls le Ministre de l'Agriculture ou les intéressés peuvent saisir la Commission nationale dont l'intervention reste ainsi facultative. Ses décisions, suffisamment motivées, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat.

Si le transfert du droit de propriété relève exclusivement de la juridiction administrative, la compétence de la juridiction judiciaire de l'expropriation s'étend aux évaluations de biens remembrés et aux litiges portant sur les privilèges, hypothèques et autres droits réels.

2• La jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Commission

Bien que les procédures de remembrement rural existent également dans plusieurs Etats européens¹, les arrêts de l'ancienne Cour ne concernent que l'Autriche où les décisions relatives au remembrement sont prises par des commissions composées d'un président, de magistrats, de fonctionnaires et d'experts. Il existe une commission de district (*Agrarbezirksbehörde*), une commission régionale (*Landesagarsenat*) et une commission suprême (*Oberster Agarsenat*) dont les décisions peuvent être contestées devant la Cour constitutionnelle.

Dans les deux premières affaires soumises à la Cour européenne des droits de l'Homme², celle-ci n'a pas hésité à appliquer l'article 6 à la procédure suivie devant les commissions de remembrement autrichiennes. La Cour constata une durée non raisonnable de la procédure (plus de seize ans pour la première espèce et plus de dix-neuf pour la seconde).

Dans les deux affaires, elle considéra que : « Les circonstances de la cause révèlent, dès lors, une rupture de l'équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général : les requérants, qui demeurent dans l'incertitude quant au sort définitif de leur propriété, se sont vu imposer une charge disproportionnée. Il n'y a pas lieu, à ce stade, de rechercher s'ils ont réellement souffert un préjudice. La Cour conclut donc à l'existence d'une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ».

¹ Notamment : Belgique, loi du 22 juillet 1970 ; Luxembourg, loi du 25 mai 1964 ; Pologne, loi des 23 avril 1964 et 24 janvier 1968 ; Suisse, loi fédérale du 22 juin 1979 (art. 20).

² *ERKNER & HOFAUER* ; *POISS*, les deux arrêts en date du 23 avril 1987.

La Cour a traité ultérieurement plusieurs autres affaires relatives à des remboursements ou aménagements fonciers¹.

Une affaire concernant les Pays-Bas a fait l'objet d'un règlement amiable devant la Commission européenne des droits de l'Homme².

Une affaire française fut traitée par la Commission et concernait une durée non raisonnable d'une procédure de remboursement rural dans la Seine-Maritime. La Commission prit uniquement en considération la durée de la procédure devant les juridictions administratives qui était de huit ans et un mois. La Commission a noté, dans son rapport, que « face à l'attitude dilatoire du ministère de l'Agriculture, le Conseil d'Etat aurait dû, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, et compte tenu des engagements assumés par la France, montrer plus de fermeté en exigeant un dépôt rapide des observations demandées ». La Commission conclut à l'unanimité qu'il y avait eu en l'espèce violation de l'article 6 par. 1 de la Convention. Malheureusement la Cour ne fut pas saisie et le Comité des ministres décida que le constat de violation constituait en l'espèce une satisfaction équitable³.

La nouvelle Cour, entrée en fonction le 1^{er} novembre 1998, a traité trois affaires concernant la France avant l'affaire *Piron*.

Dans l'affaire *Caillot* (arrêt du 4 juin 1999), le délai de la procédure interne prise en considération avait débuté avec la saisine du tribunal administratif et pris fin avec l'arrêt de rejet du Conseil d'Etat. Elle s'étalait sur six ans et trois mois. La Cour a constaté une violation de l'article 6 par. 1 en raison de la durée non raisonnable de la procédure. Dans une opinion dissidente commune, les juges COSTA et JUNGWIERT ont estimé au contraire que le délai était normal en faisant valoir que : « l'inertie du juge d'appel a été de deux ans et deux mois environ. Même si on admet que l'affaire, un cas assez banal de remboursement rural, ne présentait guère de complexité, un tel délai ne peut apparaître déraisonnable que si on exige des juges une célérité vraiment particulière. Au demeurant, l'affaire n'appelait pas de traitement d'urgence, puisque aussi bien, comme l'ont jugé le tribunal administratif puis le Conseil d'Etat, la requérante avait obtenu des attributions de parcelles satisfaisantes et n'a pas été lésée par les opérations de remboursement. Il faut certes tout mettre en œuvre pour que la justice soit toujours plus rapide, mais nous ne pensons pas qu'en l'espèce elle ait été déraisonnablement lente. »

Cette position paraît critiquable dans la mesure où l'ancienne Cour avait insisté, dans les arrêts *Erkner* et *Poiss*, sur la nécessité d'une célérité accrue dans ce type de procédure : « (les autorités autrichiennes) devaient témoigner d'une diligence spéciale. Le législateur autrichien reconnaît du reste lui-même l'existence d'une telle obligation : il a maintenu en matière de remboursement la règle générale exigeant une décision dans les six mois... Or plusieurs délais constatés en l'espèce ne s'accordent pas avec ladite obligation. » (par. 69).

Il convient de noter, qu'en l'espèce, la requérante avait soulevé dans ses écritures, la question de l'arrachage des haies anti-érosion qui n'avait pas manqué par la suite de provoquer des inondations et de lui causer des dommages.

En effet, aux termes de l'article 25 du Code rural, la commission communale d'aménagement foncier a qualité pour créer des chemins d'exploitation, faire exécuter des travaux tels qu'arrachage des haies, arasement des talus et comblement de fossés. Ces pouvoirs ont certainement donné lieu parfois à des abus et les inondations dont souffrent l'ouest de la France en sont partiellement une illustration.

Dans l'affaire *Arvois* (arrêt du 23 novembre 1999), la période prise en considération débutait, non pas par la saisine du tribunal administratif, mais par la saisine de la commission départementale de remboursement, impliquant que l'article 6 était applicable à la procédure devant cette autorité administrative. La durée était ainsi de huit ans. Elle était donc comparable à celle de l'affaire *Caillot* dans laquelle la Cour avait initié le délai à compter du recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif. Pourtant, cet arrêt fut rendu à l'unanimité et les juges COSTA et JUNGWIERT n'ont pas émis d'opinion contraire.

Le troisième arrêt fut rendu le 25 janvier 2000 (affaire *Blaisot*). Le délai de la procédure pris en compte débutait avec la saisine du tribunal administratif (la Cour revenait de ce fait à la jurisprudence *Caillot*) et était de douze ans et cinq ans.

¹ *HAKANSSON & STUVESSON C/ SUEDE*, 21 février 1990 (concerne une vente forcée d'un domaine agricole) ; *WIESINGER C/ AUTRICHE*, 30 oct. 1991 ; *STALLINGER & KUSO C/ AUTRICHE*, 23 avril 1997 (en revanche, non-violation dans les affaires *ETTL* et *PRÖTSCH*)

² Req. n° 11073/84, *VAN HAL INTERNATIONAL PIERSHILL B.V.* ; rapport du 9 mars 1987.

³ Req. n° 10882/84, *GEORGETTE GODARD ET GENEVIEVE EGROU C/ FRANCE*, rapport du 12 oct. 1989, D.R. 67 p. 5. Résolution DH(91)1 du Comité des ministres en date du 13 février 1991, D.R. 67 p. 16.

Les balbutiements de la Cour ont certainement permis au Conseil d'Etat¹ d'affirmer dans un arrêt rendu au cours de l'été que : «les commissions départementales de remembrement n'étant pas des juridictions, M. Marchand n'est, en tout état de cause, pas fondé à se prévaloir des stipulations de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qu'il ne peut davantage invoquer utilement les stipulations de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à cette convention au soutien de ces mêmes conclusions qui sont présentées pour la première fois en cassation . »

3• L'affaire Piron

Mme Monique Piron était propriétaire de terres agricoles dans une commune du Doubs dont le remembrement fut décidé en 1958. En 1965, elle forma un recours devant la commission départementale qui rendit une décision le 13 mai 1966 (qui fut notifiée... le 7 mars 1967). Le 5 mai 1967, la requérante saisit le tribunal administratif de Besançon qui annula la décision le 23 octobre 1970. Par décision du 15 janvier 1971, la commission départementale admit partiellement les réclamations de Mme Piron. La requérante introduisit un recours devant le juge administratif qui ordonna des expertises. Les rapports furent déposés le 26 février 1974. Par jugement du 2 juillet 1975, le tribunal administratif annula la décision de la commission départementale. Celle-ci se réunit... le 16 décembre 1982. Elle retint que de graves erreurs de classement avaient été commises au détriment de la requérante mais considéra qu'il n'était pas possible de mettre sur pied une modification du parcellaire. En conséquence, elle ordonna le versement d'une soulte de 17.468 francs. Le 11 mars 1983, la requérante forma un nouveau recours devant le tribunal administratif qui, par jugement du 10 avril 1985, annula la décision de la commission départementale. Le tribunal indiqua qu'il appartenait aux parties de saisir la Commission nationale d'aménagement foncier. Madame Piron saisit cette commission le 24 juin 1986 qui par décision du 19 décembre 1990 considéra qu'il était impossible de remettre en cause, vingt-cinq ans plus tard, les parcelles remembrées et elle attribua, à titre d'indemnité la somme de 112.135 F à la requérante.

Le Conseil d'Etat, saisi le 19 février 1991, annula cette décision par arrêt du 2 mars 1995 pour défaut de motivation.

Une nouvelle décision de la Commission nationale fut prise le 10 juin 1998 qui fut notifiée à la requérante le 25 septembre 1998. Elle indiquait qu'elle avait décidé un nouveau remembrement de la commune mais que le Préfet du Jura avait répondu ne pas estimer devoir prendre d'arrêt ordonnant un nouveau remembrement qui serait de nature à causer de graves troubles à l'ordre public. La Commission nationale décida de confirmer les indemnités précédemment fixées. Le 7 décembre 1998, la requérante saisit le Conseil d'Etat d'un nouveau recours. Le 17 décembre 1999, ce dernier annula la décision de la Commission nationale.

Parallèlement, la requérante a également saisi le juge judiciaire de l'expropriation pour contester le montant des indemnités fixées par la Commission nationale.

La requérante invoquait la violation de l'article 6 par. 1 de la Convention ainsi que l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel.

La Cour a considéré que la situation de l'espèce était distincte de celle des affaires autrichiennes *Erkner et Hofauer*, et *Poiss* dans la mesure où le remembrement avait été effectué en 1965 et les transferts de propriété étaient devenus effectifs dès ce moment. Dès lors, il s'agissait d'une privation de liberté au sens de la deuxième phrase du premier paragraphe de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 (par. 39 de l'arrêt). La Cour a donc examiné si un rapport de proportionnalité avait été respecté entre le but légitime visé et les moyens employés. Bien que les autorités aient eu la possibilité de procéder à une indemnisation, la Cour s'est référée à l'arrêt *Guillemin* pour soulever que « l'indemnisation du préjudice subi par l'intéressé ne peut constituer une réparation adéquate que lorsqu'elle prend aussi en considération le dommage tenant à la durée de la privation. Elle doit en outre avoir lieu dans un délai raisonnable » (par. 43).

Elle est donc arrivée à la conclusion qu'il y avait eu violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

Par ailleurs, la Cour a estimé qu'il y avait lieu de considérer qu'il s'agissait d'une seule procédure aux fins de l'application de l'article 6. Elle englobait aussi bien les instances devant les juridictions administratives que les recours devant les commissions de remembrement.²

Ayant constaté que la procédure durait depuis plus de vingt-six ans (par un *dies aquo* au 3 mai 1974, date de la ratification de la Convention par la France...), la Cour a conclu à la violation de l'article 6 et accordé à la requérante 100.000 F pour dommage moral, 100.000 F pour dommage matériel et 78.119 F au titre des frais et dépens.

¹ Arrêt du 28 juillet 2000, *MARCHAND*.

² Contrairement à l'affaire *GIROT* où la Commission n'avait pris en considération que l'instance administrative alors que l'instance judiciaire concernait les mêmes contestations.

Conclusions

Il appartient tout d'abord à la Cour de fixer et de préciser sa jurisprudence en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 6 aux procédures suivies par les commissions de remembrement qui ne peut qu'ouvrir la voie au Conseil d'Etat dont la jurisprudence n'est jamais à la pointe du progrès.

Compte tenu de la similitude existant entre les procédures autrichiennes et françaises, et du fait qu'implicitement l'article 6 ait été retenu applicable par la Cour aux procédures devant les commissions de remembrement dans l'affaire *Piron*, la Cour devrait persévérer dans ce sens et enfoncer le clou.

Ensuite, il convient de se poser la question de l'opportunité de l'existence en France de si nombreuses « commissions » et autres autorités administratives qui font fi des principes fondamentaux du procès équitable.

Si la question a été justement posée au cours des derniers mois à propos des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière (Commission des opérations de bourse, Conseil des marchés financiers, Conseil de la concurrence, Commission bancaire), il est temps de se pencher sérieusement sur les procédures suivies par de nombreuses commissions notamment en matière de sécurité sociale, d'assurance-chômage, etc. qui touchent des catégories souvent plus défavorisées de justiciables.

Clôture du colloque

par

Paul **Tavernier**

Je tire simplement deux enseignements pour cette Journée.

D'abord, il ne faut jamais oublier que malgré tous les intérêts qui sont en cause (celui du juge de la Cour, du juge interne, de l'Administration), il y a l'Homme qui est derrière, et cela Me PUECHAVY l'a bien fait ressortir. Ensuite, il ne faut pas oublier aussi que la jurisprudence que nous avons étudiée, c'est-à-dire la jurisprudence française à Strasbourg, s'insère dans un cadre beaucoup plus large. Vous avez fait allusion à des affaires autrichiennes et M. DE SALVIA a insisté sur des affaires qui ne sont pas des affaires françaises. La Cour de Strasbourg est une Cour internationale et cela implique un certain nombre de conséquences.

Je remercie tout le monde, les intervenants, les fidèles participants de ce colloque, et tous ceux qui ont permis la tenue de cette rencontre. Je vous dis à tous à l'année prochaine, si cette formule de manifestation se poursuit et peut-être avec des compléments, à Rouen, pour la jurisprudence de Luxembourg, en relation avec la Cour de Strasbourg. Le CREDHO-Rouen commence à creuser la question, je pense qu'il y a beaucoup à faire dans ce domaine.

Liste des publications du CREDHO (Universités de Rouen et Paris XI)

BULLETIN D'INFORMATION DU CREDHO (ISSN : 1168-500 X)

n° 1 (1990), 34 p.

n° 2 (1991), 48 p.

n° 3 (1992), 47 p.

n° 4 (1993), 58 p.

n° 5 (1994), 61 p.

n° 6 (1995), 69 p.

n° 7 (1997), 68 p.

n° 8 (1998), 73 p.

n° 9 (1999), 74 p.

n° 10 (2000), 80 p.

gratuits dans la mesure du stock disponible (les demandes institutionnelles sont privilégiées : bibliothèques, centres de documentation et de recherches, associations, etc.)

CAHIERS DU CREDHO

(ISSN 1250-6303)

n° 1 (1994), 134 p. (ISBN 2-11-088069-4) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1992.

n° 2 (1994), 156 p. (ISBN 2 11-088731-1) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1993.

n° 3 (1997), 178 p. (ISBN 2 11-090747-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1994 à 1996.

n° 4 (1998), 151 p. (ISBN 2 11-091039-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1996 à 1997.

n° 5 (1999), 172 p. (ISBN 2-11-091552-8) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1998

n° 6 (2000), 208 p. (ISBN 2-11-091994-9) : La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence de 1999

gratuits dans la mesure du stock disponible (les demandes institutionnelles sont privilégiées : bibliothèques, centres de documentation et de recherches, associations, etc.)

.../...

TAVERNIER Paul (éd.) : NOUVEL ORDRE MONDIAL ET DROITS DE L'HOMME : LA GUERRE DU GOLFE. - Préface de Mario BETTATI - (Paris : Editions Publisud, 1993, 211 p.)
(ISBN 2-86600-677-1 ; ISSN 0764-8278) - prix : 236 FF

TAVERNIER Paul (éd.) : QUELLE EUROPE POUR LES DROITS DE L'HOMME ? LA COUR DE STRASBOURG ET LA RÉALISATION D'UNE "UNION PLUS ÉTROITE" - 35 années de jurisprudence : 1959-1994. - Préface de Pierre-Henri IMBERT - (Bruxelles, Bruylant, 1996, XII-513 p. ; diffusion : Paris : LGDJ)
(ISBN : 2-8027-0737-X) - prix : 380 FF

MÉLANGES RAYMOND GOY : DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL. LE FACTEUR RELIGIEUX ET L'EXIGENCE DES DROITS DE L'HOMME. - Avant-propos de Patrick COURBE, Henry DECAËNS et Paul TAVERNIER - (Rouen : Publications de l'Université de Rouen, n° 251, 1998, 484 p.)
(ISBN 2-87775-249-6) - prix : 260 FF

TAVERNIER Paul, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS Alice (eds) : LA COMMUNAUTÉ ACADÉMIQUE À L'AUBE DU IIIÈME MILLÉNAIRE. - (Bruxelles : Bruylant, 2000, 272 p.)
(ISBN : 2-8027-1334-5) - prix : 250 FF

TAVERNIER Paul, BURGORGUE-LARSEN Laurence (eds) : UN SIÈCLE DE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE. Centenaire de la Conférence de La Haye et cinquantenaire des Conventions de Genève. - (Bruxelles : Bruylant, 2001, 262 p., collection du CREDHO n° 1)
(ISBN : 2-8027-1461-9) - prix : 250 FF

Cahiers du CREDHO N° 7/2001 LA FRANCE ET LA CEDH EN L'AN 2000